

نمبر ۳۵ الف ۲۰
 کتب خانہ آصفیہ سرکار عالی حیدر آباد دکن
 سبر واقلہ
 تاریخ داخلہ یکم اپریل ۱۳۱۲
 نام کتاب تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق ج ۴
 فن کتاب
 نمبر کتاب در فن مذکور

الف ۲۰
 Call No. ۱۰۵
 Author
 تبیین الحقائق
 Title
 شرح کنز الدقائق

Acc. No.

۳۵۲۵.....

(فهرست)
الجزء الرابع
من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنز

مكتبة
الشيخ
العلامة
الزيلة

(فهرست الجزء الرابع من شرح العلامة الزيلعي على متن السكندر)

صفحة	صفحة
١٧٩ فصل في الحبس	٢ كتاب البيوع
١٨١ باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره	٩ فصل يدخل في بيع الادار الخ
١٩٣ باب التحكيم	١٤ باب خيار الشرط
١٩٤ باب مسائل شتى	٢٤ باب خيار الرؤية
٢٠٦ كتاب الشهادة	٣١ باب خيار العيب
٢١٧ باب من تقبل شهادة ومن لا تقبل	٤٣ باب البيع الفاسد
٢٢٩ باب الاختلاف في الشهادة	٦١ فصل قبض المشتري المبيع الخ
٢٣٧ باب الشهادة على الشهادة	٧٠ باب الاقالة
٢٤٢ كتاب الرجوع عن الشهادة	٧٣ باب التولية
٢٥٤ كتاب الوكالة	٧٩ فصل صح بيع العقار قبل قبضه
٢٥٨ باب الوكالة بالبيع والشراء	٨٥ باب الربا
٢٦٩ فصل الوكيل بالبيع والشراء الخ	٩٧ باب الحقوق
٢٧٧ باب الوكالة بالخصومة والعيب	٩٩ باب الاستحقاق
٢٨٦ باب عزل الوكيل	١١٠ باب السلم
٢٩٠ كتاب الدعوى	١٢٥ باب المتفرقات
٣٠٤ باب التحالف	١٣٤ كتاب الصرف
٣١٣ فصل قال المدعى عليه هذا الشيء أو دعني	١٤٥ كتاب الكفالة
أو أجرني الخ	١٦١ فصل ولو أعطى المطلوب الكفيل الخ
٣١٥ باب ما يدعيه الرجلان	١٦٧ باب كفالة الرجلين والعبدان
٣٢٩ باب دعوى النسب	١٧١ كتاب الحوالة
	١٧٥ كتاب القضاء

الجزء الرابع
من تبين الحقائق شرح كثر الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره نضر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جناته
أمين



وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمد الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل نعمد الله
الجميع بالرجة والرصوان وأسكنه
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية
سنة ١٣١٤
هجرية

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع

وفي بعض نسخ المتن البيوع
اه ومناسبة البيع بالوقف
من حيث ان في كل منهما
ازالة الملك في الوقف بزول
الملك عن الوقف بعد حكم
الحاكم من غير ان يدخل
في ملك الموقوف عليه وفي
البيع يزول الملك عن البائع
ويدخل في ملك المشتري
فكان الوقف كلف رد
والبيع كالركب من ان
الوقف فيه زوال بلا دخول
والبيع فيه زوال ودخول
والمفرد سابق على المركب
فلذا أخذ ذكر البيع عنه اه
اتقاني رحمه الله وكتب
مانعه ثم البيع مصدر فقد
يراد به المفعول فيجمع
باعتباره كما يجمع المبيع
وقد يراد به المعنى وهو الاصل
لجمعه باعتبار أنواعه فان
البيع يكون سلماً وهو بيع
الدين بالعين وقلبه وهو
البيع المطلق وصرفاً وهو
بيع الثمن بالثمن ومقايضة
بيع العين بالعين وبخيار

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيع)

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب
الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أي لا يشتري على شراء أخيه لان المنهي عنه هو الشراء
لا البيع وقال الفرزدق

ان الشباب لرايح من باعه * والشيب ليس لبائعته تجار

ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضي) وهذا في
الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيساً به ثبت شرعاً لقوله تعالى الآن
تكون تجارة عن تراض وهو جاز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فآلونا وقوله

ومنجز او مؤجل الثمن ومراجحة وتولية ووضع وبيع ذلك اه كمال رحمه الله قال الكمال وأما مفهومه لغة وشرعاً تعالى

فقال نخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي اه والذي يظهر ان التراضي لا بد منه لغة أيضاً
فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وأن الاخذ غصبا واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اه
(قوله يقال باع كذا) ويتعدى بنفسه وبالطرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال وقد كتبت على هامش المجمع في باب المضاربة حاشية من
المصباح نافعة هنا اه وكتب مانعه وركه الايجاب والقبول لانهم ايدوا لان على الرضا الذي تعلق به الحكم وكذا ما كان في معناهما وشرطه
أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل ومحلله المال لانه يبنى عنه شرعاً وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبايع في الثمن اذا كان بائناً
وعند الاجازة اذا كان موقوفاً اه اختيار (قوله في المتن بالتراضي) وهذا التعريف يتناول القرض أيضاً اه (قوله وفي اللغة هو مطلق
المبادلة) وكذا الشراء سواء كانت في مال أو غيره قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم وقال أولئك الذين اشترؤا
الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وفي الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم عليك وتلك كفافاً وحدث عليك المال بالمنافع فهو اجارة
أو نكاح وان وجد مجازاً فهو هبة اه اختيار وفي مشكلات خواهر زاده قال نخر الاسلام البيع في اللغة عبارة عن عليك المال بالمال
وفي الشرع هكذا أيضاً وكذا الشراء والاشتراء والابتياح وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه اللفاظ على فعل البائع والمشتري على سبيل

الاشترالك قال تعالى وشروه أي باعوه إلا أن في العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء والاشتراء بالمتبائع بالمشتري اه وكتب مائه وقال المصنف في آخر باب البيع القاسد قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقيمته قال الشارح وشرط أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية اه (قوله وأما السنة فخاروى) في السنن مسند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يا معشر التجاران البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوبه بالصدقة اه اتقاني (قوله في المتن ويلزم) أي ينعقد البيع انعقاداً لازماً اه عني (قوله في المتن بإيجاب) وهو في اللغة الإثبات وفي الفقه ما يذ كر أو لا من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول لا آخر انتهى شمني وكتب على قوله بإيجاب قال الاتقاني والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقلين أو لا مسمى به لأن الإيجاب تقيض السلب وهو الإثبات والمتكلم منهما أولاً بقوله بعث أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر أو مسمى به لأن قوله بعث واشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الامكان إلى الوجود فكان قوله بعث أو اشتريت إيجاباً لأنه قبل التلفظ (٣) به كان في حيز الامكان فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره

تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فخاروى أنه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكافوا يتبايعون فأقرهم عليه وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك قال رحمه الله (ويلزم بإيجاب وقبول) وقال الشافعي لا يلزم به بل لهم خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إذا هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضي لما فيه من الأضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود وما رواه عمحول على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما دام في المجلس ولم يأخذ في عمل آخر وفي لفظه إشارة إليه فأنهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالأقوال كما في قوله تعالى وإن يتفرقا يغن الله كلاما من سعته لأنه إذا طلقتها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابتن بعد الإيجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أولى لما عهدنا في الشرع أن الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكره بوجوب التمام ولا تطهيره في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مرادا وما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الترداد تأويل منه وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتاج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتساطا لا يصح له مخالفته عليه إلا أن مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما أدركت الصفة حيا فهو من مال المتبايع أي إذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد به وأما قوله إذا هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولأنه يحتمل أنه عليه السلام سماهما متبايعين لقرينهما من البيع كما سمي العصير خراوا مما عيل عليه السلام ذبيحا وإنما كان له خيار القبول لأنه لو لم يكن له الخيار لزم المبيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب للوجوب أن يرجع في هذا الحالة لأنه ليس فيه إبطال حق الغير بخلاف ما إذا قضى الأصل الدين للكفيل قبل أن يقضى الكفيل أو دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما أن يرجعاه لأنه لا حق للكفيل

ثم سمي كلام الآخر قبولا لما أوجبه الآخر وإن كان هو إيجابا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق اه وكتب عليه أيضا قال الكمال والإيجاب لغة الإثبات لا شيء كان والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثاني والافسك منهما إيجاب أي إثبات فسمى الإثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول وحيث لم يصح إرادة القاطنين بالبيع بل

حكمهما وهو الملك في البدلين وجب أن يراى بقوله ينعقد ثبت أي الحكم فإن الانعقاد انما هو لفظين لا لملك أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره شرعا وقوله في القبول أنه الفعل الثاني يقيد كونه أعم وهو كذلك فإن من الفروع ما لو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله ثم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بمائة واللبس بكنارضا بالبيع وكذا إذا قال بعثتك بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتي مثله في جعله مسئلة القبض بعد قوله بعثتك بألف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظروا في فتاوى فاضلخان قال اشتريت منك هذا بكذا فقتصدت به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز و كذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قبضا فقطعه قبل التفرق انتهى ما قاله الكمال رحمه الله (قوله في المتن وقبول) أي وهو ما يذ كر آخر من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع اه شمني (قوله لأنه إذا طلقتها على مال تحصل الفرقة بقبولها) أي وإن لم يتفرقا بالابتن انتهى (قوله وما ذكره بوجوب التمام) أي من أن المراد التفرق بالأقوال اه

(قوله وينعقد بكل لفظ في عن التحقيق الخ) قال في الهداية البيع منعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي قال الاتقاني ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي إذا لم يوجد نية الحال من لفظ المستقبل فإذا وجدت منعقد بلفظ المستقبل أيضا ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع تارة منعقد بلفظين وتارة منعقد بثلاثة ألفاظ فأما الذي منعقد بلفظين نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضي أو على الإيجاب في الحال أما الماضي فنحو أن يقول البائع بعث منك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر أخذت أو قبلت ثم البيع ولو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث أو قال هولاك ثم البيع بينهما بلفظين وأما الإيجاب فنحو أن يقول البائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم وأراد به إيجاب البيع في الحال وقال المشتري قبلت أو اشترت أو يقول المشتري اشترى منك هذه الجارية بألف درهم وأراد به الإيجاب فقال البائع بعث ثم البيع بينهما وأما الذي منعقد بثلاثة ألفاظ نحو أن يكون لفظ أحدهما بلفظ الأمر فنحو أن يقول البائع للمشتري اشترمني هذا العبد بألف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعث أو يقول المشتري للبائع بع مني هذا العبد بألف درهم فقال بعث فلا يتم البيع بينهما مالم يقل المشتري اشتريت أو يقول البائع للمشتري اشتريت مني هذا العبد (٤) بألف درهم على سبيل السؤال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع مالم يقل البائع بعث

أو يقول المشتري للبائع أبيع مني هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعث فلا يتم البيع مالم يقل المشتري ثامنا اشتريت إلى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي (قوله أو خذ بكذا) قال الكمال وكذا لفظ خذ بكذا منعقد به إذا قبل بأن قال أخذه ونحوه لأنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الأمر بالاختصاص تدعى سابقة البيع فكان كالماضي الآن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الرضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما إذا قال بعثك عبدى هذا

والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا يملك إبطاله وينعقد بكل لفظ في عن التحقيق كبعث أو اشتريت أو رخصت أو أعطيتك أو خذ بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائه ما وليس له أن يقبل بعض البيع دون البعض وإن فصل الثمن إلا إذا كرر البائع لفظة بعث مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما أنه ذلك إن فصل الثمن بأن قال بعثك هذين كل واحد بكذا أو بعثك هذه العشرة كل واحد منها بكذا إنا على أن البيع منعقد بتكرار لفظة بعث عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند اتحاد العقد بإيفاء ثمن البعض أو بآرائه أو تأجيله قال رحمه الله (وبتعاطى) أى يلزم بالتعاطى أيضا ولا فرق بين أن يكون البيع خسيسا أو نفيسا وزعم الكرخي أنه منعقد به في شئ خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطى قبل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكفي بتسليم البيع قال رحمه الله (وأى قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) معناه إذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لأنه يمين من جهتهما والقبول شرط والإيمان لا يبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يعتمد إلى آخر المجلس بل هو على الفور ولنا أنه يحتاج إلى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة وهو جامع للتفرقات وبه يدفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال (ولا بد من معرفة قدره ووصفه ثم غير مباشر) لأن

بألف فقال فهو حرج عتيق ويثبت اشترت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق اه كمال (قوله حتى يعتبر مجلس جهاتهما أدائهما) أى ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدهما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أو لم يعلم بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا يعزل اه غايه (قوله يلزم بالتعاطى) أى وهو الاخذ والاعطاء اه (قوله ولا فرق بين أن يكون البيع خسيسا أو نفيسا) قبل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه اه فتح (قوله وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شئ خسيس) قال الكمال وأراد بالخسيس الأشياء المحقرة كالقبول والريغف والبيض والجوزا ستمسنا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانه ولم يتكلم ومضى اه فتح (قوله لأن القيام دليل الاعراض) قال الكمال إلا أن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يفي المجلس اه وكتب على قوله لأن القيام دليل الاعراض مانصه قال الكمال رحمه الله وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه بما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب قطار الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيان حيث قال فان قام أحدهما بطل الإيجاب لأن القيام دليل الاعراض وقال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق اه

الشارح يكون مفسدا ١٥
 وكتب على قوله تكون
 مفسدة مانصه كما في السلم فان
 معرفة قدر المسلم فيه شرط
 لجواز العقد والحاصل أن
 الاعراض اذا كانت غير
 مشار إليها سواء كان ثمنا
 أو مثنيا يشترط فيها معرفة
 المقدار في المبيع ومعرفة
 مقدار الثمن ووصفه ١٥
 يعني (قوله في المتن لا مشار)
 بالرفع كما اقتضاء صريح
 المعنى في شرحه ١٥ وكتب
 على قوله لا مشار مانصه
 لا يشترط معرفة قدر
 ووصف مشار فحذف
 المضاف وأقام مشار ماثمه
 ١٥ (قوله والناصرى) مات
 الناصرى محمد بن قلاوون
 سنة سبع مائة وأحدى
 وأربعين ومات الشارح
 رحمه الله سنة سبع مائة
 وثلاثة وأربعين ١٥ (قوله
 في المتن ويبيع الطعام كيلا)
 أى من جهة الكيل ١٥
 عني (قوله وأما الجزاف
 فلما ينه) أى من أنه
 بالاشارة ترتفع الجهالة
 ١٥ (قوله في المتن ومن
 باع صبرة) هى اسم
 لكوم من الحب ١٥ عني
 (قوله في المتن كل صاع)
 بالنصب بدل من صبرة ١٥
 (قوله لان المبيع معلوم
 بالاشارة) أى الى الجملة
 والثن معلوم بالعدويه قالت
 الثلاثة ١٥ عني

جهالتهما تنفضى الى التزاع المانع من التسليم والتسلم فيخاو العقد عن الفائدة وكل جهالة تنفضى اليه
 يكون مفسدا قال (لا مشار) أى لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن أو المبيع لان
 الاشارة أبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تنفضى الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان
 العوضين حاضران بخلاف الربوى اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزا فاحتمال الربا بخلاف رأس مال
 السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا أن يكون معروف القدر عند أبي حنيفة على ما يبيح وبيانه في
 موضعه قال (وصح ثمن حال وبأجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما فقد رفقوا تعالى
 وأحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودى الى أجل ورهنه درعه ولا بد أن
 يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تنفضى الى المنازعة قال (ومطلقه على النقد الفالب) أى مطلق الثمن
 يقع على غالب نقد البلد ومراد من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن
 بعد أن سمي قدره بأن قال عشرة دراهم مثلا فادان كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم
 بالعرف كالمعلوم بالنص لاسيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال (وان اختلفت النقود فسدان لم يبين)
 وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفى المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتفسد الى
 أن ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية
 سواء جازا البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروح انصرف اليه لذكرنا وان كانت في الرواج سواء
 كالأحادي والثلاثي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سواء غير أن الأول كل واحد منه درهم والثاني كل
 اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم وتظيره الكاملى والعادلى والظاهرى والمنصورى والناصرى
 اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معاومة فأعطى من أيها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف فى المالية
 قال (ويبيع الطعام كيلا وجزافا) لانه بكل واحد منهما ما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف فلما ينه
 في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه
 وبيانه لا يجوز الا اذا كان قديلا وهو مادون نصف الصاع قال (وبأنه أو حجر بعينه لا يعرف قدره)
 لان هذه الجهالة لا تنفضى الى المنازعة وهى المانعة لا يجزى لجهالة قصار كالمجازفة وكبيع شئ لا يعرف
 وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلا كقبيل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم
 فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتمل هلا كدوالاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكس
 بالتكيس ولا يتقبض ولا ينسبط كالقصعة والخرف وأما اذا كان ينكس كالزنبيل والقسفة فلا يجوز
 الا في قرب الماء استخسانا للتعامل فيه روى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر يتفتت
 وكذا اذا باعه بوزن شئ يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بوزن حجر
 ولا بآباء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله
 ورضى المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لانه اشتراه بمجازفة
 فكان المستحق هو المشار اليه قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صاع) وهذا عند أبي حنيفة
 وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقدار جواز البيع
 وجهالة الثمن بأيديهم ما دفعهما فيجوز كالأوباع عبدا من عبيدين غلى أن يأخذ أيهما شاء بخلاف ما اذا
 أجرداه كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لانها لا يمكن ازالة الجهالة فيها
 فيصرف الى الأقل كما اذا قال فلان على كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها
 طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم انفضائه الى المنازعة ولا يحنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد
 غير أن الأقل معلوم فيصح فيه التيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقه بخلاف
 ما استشهد به لان الرفع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة

(قوله الخيار فيهما) اما قبل التسمية والكيل ففي صاع وأما بعدهما ففي الكل اه عني (قوله في المتن ولو باع ثله) بفتح الهمزة المثناة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اه عني (قوله في المتن ولو سمي الكل صخ) أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة اه عني (قوله أخذ الموجد ويحصته) (٦) أي لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المتلى مكيلة أو موزونة اه كمال

(قوله وان لم يسم الخ) قال الاتقاني واعلم أن المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمي من الكيل مثل أن قال بعث هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمى لكل قفيز ثمنا بأن قال كل قفيز بكذا أولم يسم فأوجد المسمى كما قدر فهو للشري بلا خيار اه (قوله فان وجدها ناقصة) أي عن المائة انتهى (قوله ان شاء أخذها بحصتها) أي من الثمن وطرح حصه النقصان لان القفران لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعضها مضرة انتهى اتقاني (قوله لتفرق الصفقة عليه) أي لان العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لاحتمال اه (قوله الا القدر المسمى) أي وهو مائة قفيز انتهى (قوله فبقى على ملكه) أي الزائد على المائة انتهى (قوله اذ القدر ليس بوصف)

التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده ثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمي جملة القفران وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كالمو ظهر له بالايجاب وكما لو اشترى مالم يره فراه وان اقرقا قبل أن يعرف فسد فلا يتقلب صحبا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار أربعة أيام حيث يعود صحبا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحبا قبل مجيئه وهنا يمكن فيه فيستعيد بالمجلس قال رحمه الله (ولو باع ثله) أي جماعة ومراهم من الغنم (أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهالة بأيديهم مالم أن لها نهاية قوله ما ذكرنا من الجهالة الا أن الواحد متيقن به فينصرف اليه غير أن أفراد الشيا من متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كالمو باع جندعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت قال (ولو سمي الكل صخ في الكل) يعني لو سمي جلته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشيا ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمي بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى جلته بأن قال بعثكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته الى آخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء أخذها بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع) معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذراعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجدته ناقصة أخذ بكل الثمن وان شاء تركه الى آخر ما ذكرنا لان الذراع وصف للذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير أنه ان وجدته ناقصة ثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجدته زائدة فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيافا فوجدته سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجدته معيافا للشري الخيار والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للشري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذره ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كافي المكيل والموزون قال (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذ بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه اذا قال بعثك على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجدته ناقصا فهو بالخيار ان شاء أخذ بحصته وان شاء تركه وان وجدته زائدة أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح أن يكون أصلا لانه عين ينتفع به بافراده فاذا سمي لكل ذراع ثمنا جعل أصلا والافهو وصف فاذا صار أصلا فان وجدته ناقصا أخذ بحصته وبثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجدته زائدة فهو بالخيار أيضا ان شاء أخذ كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تلازم الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعض يضر البائع بخلاف الصبرة ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز لان ذلك

أي القدر الزائد ليس وصفا بل هو الاصل انتهى (قوله ولا خيار للبائع) اعلم أن الذريعات يختلف الجواب فيها بين أن يسمى معلوم لكل ذراع ثمنا بان قال كل ذراع بكذا وبين أن لا يسمى لم يكتب المحشى (قوله معناه اذا باع) أي ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية (قوله كما اذا شرط معيافا فوجدته سليما) أي كما اذا باع عبدا على أنه أعى فوجدته المشتري بصيرا حيث لا خيار اه اتقاني (قوله أخذ بحصته أو ترك) أي لفوات الوصف المرغوب فيه اه عني (قوله وان وجدته زائدة أخذ كله كل ذراع بدرهم أو فسخ)

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لا تعيار عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزائه فان لم يفر دثنى كان تابعا محضاً فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما إذا قال على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك وإذا كان تابعا محضاً في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كطرف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فأعوزت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو أعوزت عند المشتري جازله أن يراجع على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط للرغوب فيه كما إذا اشترى على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة ولها الزيادة في صورة الزيادة كما إذا باعه على أنه يعيب فوجده سليماً هذا ان لم يفر د بالثنى فان أفر د بالثنى وهو إذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة بخيرين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفريق الصفقة فكذا إذا وجد الذراع ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورة أصلاً كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زاد عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب إذا زاد فسد البيع لزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد الى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه لفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً نازلة وأصل أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج الى الفرق فقل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت قفيزين (٧) في الغلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض ألا ترى أن

معلوم ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلاً اعتبر أصلاً في حق انقسام الثمن على الذراعان وبقي وصفاً في حق غيره من الأحكام كدخول القاضل في البيع وان سمي لكل ذراع غنماً قال (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أي لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فإنه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما إذا قال عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز لانه معلوم عشر أوثان ولعل الشيخ قصد هذا ولكن إجماعه في الاختصار أدامه إليه وقوله وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما الجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف فلا تنفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة أسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع

كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اه فتح (قوله ومنهم من قال يجوز) أي عندهما وهو الأصح انتهى ابن فرشتا (قوله لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع) أي بان يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرها أو خمسها انتهى (قوله بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة) أي ولم يقل من كذا سهم انتهى اتقاني (قوله اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه) أي فكانت مفسدة العقد اه اتقاني (قوله ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع) قال الكمال رحمه الله قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حبل فابيع فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز وبه قال الشافعي وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع ككأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعندهم مؤاده فسد معين والجواب مختلفة الحدود وفتق المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو تطير اختلافهم في نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبنى انتهى (قوله اذا كانت الدار الخ) قال الاتقاني معنى قوله وقالاهو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العتابي في شرحيهما ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضاً لان العشرة انما تكون عشر الدار اذا كان كلها مائة أما اذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهما أن يبيع عشر الدار جائز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة عشر جائز ولهذا يجوز بيع عشرة أسهم من مائة سهم منها اجاعاً ووجه قول أبي حنيفة أن البيع وقع على قدر من الدار معين لا عن شائع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم أمن جانب شرقي هو أو من جانب غربي أو من غيرهما فيصير هو تابعا في الحقيقة عشرة أذرع عيناً من الدار وتلك الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كأنه

الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثنى اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفر د الذراع وبيع بمفرده لم يساوى الاسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعملنا أن

باع بتمام بيوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسمين من الأقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا الآن القسم ليس باسم الشائع بل هو اسم
 بجزء مقدر معين لكنه لما كان مجهولاً في نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لأن
 العشر اسم آخر شائع معلوم في نفسه وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فأنها عشر أيضاً والسهم لا يشبه الذراع ألا ترى أن ذراعاً من مائة
 ذراع مثل ذراع من عشرة فقطهر الفرق ويبان ما قلنا أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع إذا الذراع في الأصل اسم لحسبة
 يذرع بها المسوح وليست هي عبارة (٨) من البيع بل المراد ما يحمله الذراع ويجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل

لأنه عشرها فأشبهه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن الذراع اسم لا يذرع بها واستعير لما يحمله الذراع وهو
 معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من أي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كالو باع أحد العبدین بخلاف
 ما إذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لأنه شائع فلا يفضى إلى المنازعة وذكر الخصاص أن الفساد عنده إذا لم
 يعلم جلة الذراع وأما إذا علم جلتها فيجوز عنده ففعلها نظير بيع شيء من القطيع كل شاة يد يار فأنه ان علم
 عندها جلة فيجوز عنده والأقلا والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقاً ما ذكرنا قال (وإن اشترى عدلاً على
 أنه عشرة أبواب فنقص أو زاد فسد) يعني إذا اشتراه بعشرة دنانير مثلاً ولم يبين عن كل ثوب ثم إذا وجدته
 ناقصاً أو زائداً فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لأنه يحتاج إلى أن يرث الثوب الزائد فيتنازعان في
 المردود ولجهالة الثمن في فصل النقصان لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المردوم وهو مجهول فيؤدي إلى
 النزاع قال (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وإن زاد فسد) لأنه إذا كان زائداً تبقى الجهالة
 في المردود فيؤدي إلى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه
 البيع ويبطل في المردوم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد في فصل النقصان أيضاً لأنه جمع بين معدوم
 وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فكان فاسداً كما
 لو جمع بين حرو ودين عن كل واحد منهما أو باع ثوبين على أنهما حرو ودين عن كل واحد منهما
 فإذا أحدهما حرو فإن العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جائز فكذا هذا بناء على أن
 البيع يتعبد بتفصيل الثمن عندهما وعندة بتعدد لفظ البيع والصحيح أنه يجوز في فصل النقصان لأنه
 لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد بخلاف
 المستشهد به فإنه قصد الإيجاب فيهما جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً لقبوله في الآخر وهو شرط
 فاسد بحقه أن الشئين الموصوفين بوصف إذا دخل في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطاً للصحة
 العقد في الآخر بذلك الوصف إذ ليس المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فإذا انعدم ذلك
 الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في الآخر فبالنظر إلى وجود ذلك الشئ كان شرطاً وبالنظر إلى
 انعدام ذلك الوصف كان فاسداً وأما إذا كان أحدهما معدوماً فإنه ووصفه لم يكن داخل في العقد حتى
 يكون قبوله شرطاً للصحة العقد في الآخر لأنه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال (ومن
 اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذ بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وتسعة في تسعة
 ونصف بخيار) معناه إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو
 تسعة ونصف يأخذه في الوجه الأول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وهذا
 عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يأخذه في الأول بأحد عشر وفي الثاني يأخذه بعشرة ويخير
 في الوجهين وقال محمد رحمه الله يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بعشرة ونصف ويخير
 فيهما لأنه لما سمي لكل ذراع ثمانية حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف

وما يحمله الذراع معين
 لا شائع لأن الشائع لا يتصور
 أن يذرع فلم يصلح أن
 يستعير الذراع للشائع لأن
 الشائع ليس بمحل للذراع
 فلما أريد من الذراع ما يحمله
 وهو معين لكنه مجهول
 الوضع بطل العقد
 وقولهما استحسن وقول
 أبي حنيفة قياس اه (قوله
 فأشبه عشرة أسهم من مائة
 سهم) وبه قالت الثلاثة اه
 (قوله في الثمن وإن اشترى
 عدلاً) صورتها أن يقول
 بعثك ما في هذا العدل على
 أنه عشرة أبواب بمائة درهم
 مثلاً ولم يفصل لكل
 ثوب ثوباً بل قابل المجموع
 بالمجموع فإذا هو تسعة
 أو أحد عشر فسد البيع
 اه فتح (قوله لأنه جمع بين
 معدوم وموجود) أي ولم
 يجز في المعدوم فتعدي
 إلى الموجود اه اتقاني
 (قوله يأخذه في الوجه الأول)
 أي وسلم له النصف مجازاً اه
 (قوله وفي الوجه الثاني
 يأخذه بعشرة) فأبو يوسف
 جعل نصف ذراع بمنزلة

ذراع كامل فلهذا يأخذه في الأول بأحد عشر وفي الثاني بعشرة اه (قوله وقال محمد يأخذه في الأول بعشرة ونصف الخ) بالنصف
 قال الاتقاني رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف وله الخيار في الوجهين أيضاً
 اعتبار الجزأين بالكل لأن كل ذراع إذا قوبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلاً بنصف درهم ولا محالة وهذا ظاهر ثم إذا زاد الذراع الكامل
 يأخذه بأحد عشر فينبغي أن يأخذ بعشرة ونصف إذا زاد نصف ذراع لكن للمشتري الخيار في الوجهين في الزيادة لأنه نفع يشوبه ضرر
 وفي النقصان اتفرق الصفقة عليه وجه قول أبي يوسف أن كل ذراع لما أفرد بذ كر بل كان كل ذراع كتب ببيع على أنه ذراع فإذا انتقص

الثوب من الذراع لم ينقص شيء من الثمن وللمشتري الخيار فكذلك هذا لكن الخيار في الزيادة لا ينفع بشيء مضر وفي النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه ووجه قول أبي حنيفة أن الذراع يعتبر وصف في الأصل وإنما أخذ حكم الأصل إذا وجد الشرط ثم الشرط وجد في الذراع لا فيمادونها فكان الحكم فيما دون الذراع باقياً على الأصل فكان وصف لا يقابله شيء من الثمن لكن ليس له الخيار في صورة الزيادة لأن العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة فإذا اشترى شيئاً على أنه معيب فوجده سليماً يأخذه بالخيار فكذلك هنا وفي صورة النقصان يأخذه بتسعة إن شاء لأن النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابله شيء من الثمن لكن له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص عن العشرة ويقول محمد نأخذ اه قال الكمال رحمه الله ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعاً إشارة إلى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان البعض منه حكم الوصف لا لعدم المقابلة به اه (قوله قبل هذا الاختلاف الخ) قال الاتقاني قال الزاهد العنابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فأما إذا كان كراساً لا يضره القطع فاشترى على أنه عشرة أذرع فوجده إحدى عشرة فلا تسلم له الزيادة بل ترد على البائع كما في المكيلات والموزونات وعلى هذا قالوا لو باع ذراعاً من هذا الكر باس يجوز كلاً وباع فقيراً من صبرة يجوز لأن القطع والتميز لا يضر بالباقي ولو باع ذراعاً من هذا القميص أو من (٩) هذه العمامة لا يجوز لأن القطع يضره فصار كلاً وباع جذاً في السقف أو حلية في السيف لا يجوز لما قلنا كذا هنا إلا إذا قطعه وسلمه وقبل المشتري فحينئذ يجوز بطريق الابتداء إلى هنا لفظ كتاب العنابي اه (قوله فلا يسلم له الزيادة) أي لا يطيب للمشتري ما زاد على الشروط اه هداية

بالوصف كالمكيل وإنما يخير لأنه في الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخبر كيلاً ينضرر ولا يبي يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة يبيع على أنه ذراع بدرهم فإذا وجد ناقصاً لا يسقط شيء لما ذكرناه أنه وصف وتغير الوصف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم يخبر فيهما لأنه ازداد الثمن عليه فيما إذا وجد زائداً وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلاً بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم إلى الأصل ثم لا يخبر في فصل الزيادة لأنه مخالفة إلى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قبل هذا الاختلاف في ثياب يضرها القطع أو تتفاوت جوانبها كالعمامة والقمصان والاقبسة وأما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لأنها إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع فقير من صبرة إذ لا يضره التبعض

(فصل) قال (يدخل البناء والمفاتج في بيع الدار والشجر في بيع الأرض بلا ذكر) لأن اسم الدار للعرصة في الأصل وفي العرف يتناول البناء تبعاً لكونه متصلاً بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالأرض للقرار فيدخل في بيعها تبعاً لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قبل لا يدخل لأن غير المثمرة تنقلح الحطب والخشب ليبقى عليها والصغيرة تنقل من مكانها قراراً كالزروع وقبل لا يدخل فيه لأن نهايتها ما ليس

(٣ - زيلعي رابع) ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اه ملخصاً من الاتقاني والكمال (قوله وفي العرف يتناول البناء) قال الاتقاني وذلك لأن اسم الدار في العرف يتناول البناء والعرصة جميعاً فيدخل البناء والعرصة والمطلق من اللفاظ ينصرف إلى المتقاهم في العرف ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها إلا بناءً وأما بيعها جميعاً قال الكمال واستدل المصنف على دخول البناء باسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الأول بمسألة ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انتهت بحث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لأبطل التعليل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآت داراً فلا يقيدها الدخول المحال عليه بكونها داراً وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وإن كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليه إلا أن كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيراً كان أو كبيراً وإن كان خارج الدار لا يدخل وإن كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وإن كان أكبراً ومنها لا يدخل وقبل أن يصغر دخل والاو قبل يحكم الثمن اه (قوله واختلفوا في شجر غير مثمر) قال الكمال رحمه الله ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل ثم قال نيم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على شرف القطع فهي كحطب موضوع فيها اه

(قوله فيدخل المفتاح تبعا للاغلاق) والاغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يعلق ويفتح بالمفتاح اه اتفاق (قوله كالفتاح والسلم المتصل) قال الكمال في المحيط الاصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرر والدراج المتصلة والجرا الاسفل من الرحى ويدخل الجرا الاعلى عندنا استحصانا والمراد بالجرا الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف أما في ديار مصر فلا تدخل رحى اليد لأنها بجريها تنقل وتحول ولا تبني فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل في بيع الدار بالاتفاق نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري وفي المتن اشترى ما يطايدخل ما تحت من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه فقيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولأنه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدور ودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وجبابهم ودنانهم وحذع القصار الذي يدق عليه الميثب ككل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغي أن تدخل كما إذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتي في باب الحقوق اه (قوله وان شاء أعطى غيره) أي من ثياب مثلها اه (قوله حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ) هذا (١٠) اذا استحق قبل القبض أما اذا استحق بعد القبض فانه يرجع

بمحصتها من الثمن اه
عمادية في خمسة
وعشرين (قوله وكذا
اذا وجد بها عيبا) أي
بالثياب اه (قوله ليس له
أن يردّها) أي ولا يرجع
على البائع بشئ اه فتح
(قوله له أن يردّها بدون تلك
التياب) قال الكمال
ولو هلك الثياب عند
المشتري أو تعيبت ثم ردت
الجارية بعيب ردها بجميع
الثمن لانه لم يملك الثوب
بالبيع فلا يكون له قسط
من الثمن وعلى هذا ما ذكر

لها عدم معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفتاح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لأنها تدخل في البيع حيث شدّ قبالها فيدخل المفتاح تبعا للاغلاق اذا لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس لا يدخل أصلا الا أنا استحسننا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقي على أصل القياس ثم الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قراره يدخل في المبيع تبعا والا فلا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل في بيع الدار عند أبي حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتوحا من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مر تفعة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذا العرف في ثياب البسلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء أعطى الذي عليه وان شاء أعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له أن يردّها ولو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردّها بدون تلك الثياب وخطام البعير والجل المشدود في عنق الجار والعدار والبرذعة والا كاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها والجل المشدود وعلى قرن البقر والجل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلوالرمكة وبحش الاتان والعجول والجل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال

في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعها برب الأرض باذن الآخر بألف وقيمة كل (ولا
منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستواء ما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بألف سماوية خير المشتري بين الترتك وأخذ
الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابل به شئ من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الأرض لا تنقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة
الأصل وهو له دون البيع اشترى دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان قال البائع هولي فهو له فبرده عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان
قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لا خربعت منك علوهذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري
حق القرار عليه اه (قوله والا كاف يدخل للعرف) قال الكمال ولم يذكر في شئ من الكتب اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا
بالتنصيص ويحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل
بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف في فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالأ كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبرذعة
تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية اه (قوله وفلوق) الفلوق
المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء اه مغرب

(قوله في المتن ولا يدخل الزرع) قال في كتاب الهبة من القنية الزرع يدخل في الرهن والاقرار والتي بغير ذكر ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والاجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق اه نقلا عن ركن الدين الصباغى وكتب على قوله ولا يدخل الزرع مانعه قال الاتقاني قال في خلاصة الفتاوى والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يدخل أما الكراث اذا كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل اه (قوله ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) قال الكمال رحمه الله ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصته من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوى خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه الله تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اه (قوله لانهما متصلان بهما للفصل) أى لفصل الآدمي اياه لا تنفاعة به فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحوها بقرا الحامل فإنه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر قترك التقييده وأيضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيه دخل (١١) باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس

مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية لا يدخل بذكرا لأصل اه فتح (قوله) لأنه جزء الجارية أى حكما وحقيقة أما حكما فإنه يعتق بعنق الام وأما حقيقة فإنه يتغذى بغذاء الام وينتقل بانتقالها اه اتقاني (قوله) ولا فرق بين ما اذا كان للثمر (الح) يتصل بقوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض ولا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط اه انظر الى الحاشية التي عند قوله وعكس الثمار في الحكم اه وكتب على قوله ولا فرق بين ما الخ مانعه وقال في شرح الطحاوى قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال

(ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالتناع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع الا أن يشترطها المشتاع رواء أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تعاوان كان للفصل لأنه جزء الجارية فيكون تبه الها ولا نه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في تأول الحال مع وجود الجزئية في الحال قال (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع وكان عليه تقريره وتسليمه كما اذا كان فيه متناع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصل الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انتقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع واجبة عليه ما ينال في الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقطع منها لان الاجارة لا تنفك وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه ملك الرقبة فلا راعى فيه امكان الانتفاع الا يرى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة في الصحيح وتكون في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تعاوانا ما اذا بذر في الارض ولم يثبت حتى يباع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالتناع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكرا لحقوق والمرافق لانهم ليسا منها ولو قال بعنكها بكل قليل وكثير هولها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقها لا يدخلان لما ذكرنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخل فيه لانهم من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتخصيص عليه لان انفصال في الحال وورق التوت والآمن والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب

يقتفع به بوجه من الوجوه واذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا أن هذا غير سديد لان محمد بن كوفي كتاب الزكاة في باب العشر لوباع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جازا حين تطلع لما وجب عشره على المشتري الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوى اه اتقاني (قوله فلا يدخل) أى انما لا يدخل قبل النبات وبعد التقويم أما اذا ثبت ولم يصير متقوما يدخل قليل وكذا البذر العفن اه مجتبى (قوله لانه مودع فيها) أى وهذا باتفاق المشايخ اه اتقاني (قوله المجذوذ) تجوز روايته بدلين مهمتين أو مجتبتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاول من حيث اللفظ لتناسبه وبين المحصود اه اتقاني (قوله وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق) قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى أرضا ودارا لا يدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهم من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة وقال في خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل في البيع قال في المنتقى للمشتري أن يرتد ويقول ظننت أن لي مقصدا الى الطريق الاعظم وفيه ما رجل باع دارا وكان لها طريق قدسده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقوقها الا بكونه الطريق الاول ولها الطريق الثاني اه اتقاني رحمه الله

(قوله في المتن ومن باع ثمرة بدو صلاحها) أي وبدو صلاحها عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو صلاحها على الخلاف في معناه لا يشترط القطع اه فتح (قوله في المتن في الحال) لفظة في الحال ليست في خط الشارح (قوله ولو اشتراها مطلقا) هذا اذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعد ما تناهى عظمها اه اتقاني (قوله لحصوله بجهة محظورة) أي من أصل مملوك (١٣) لغيره اه (قوله وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ) أي سواء كان الترك

والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها والتمرو والزروع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتعا كسا قال (ومن باع ثمرة بدو صلاحها أو لأصح) لانه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المال وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والأول أصح وعلى هذا الخلاف يبيع الزرع قبل أن تتناول المشافر والمناجل والأصح الجواز لانه منتفع به في المال فصار كالأطفال والخش قال (ويقطعها المشتري) تفريغ الملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع قال (وان شرط تركها على التخل ففسد) أي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو تقول انه صفقة في صفقة لانه جارة في بيع ان كان للنفعة حصه من الثمن أو اعادة في بيع ان لم يكن لها حصه من الثمن وقسني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما يئنا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسنه للعادة بخلاف ما اذا لم يتناهى عظمها لانه شرط فيه الجزاء المعدوم وهو ما يراذل في الأرض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير أحوال فان الشمس تنضج ويأخذ اللون من القمر والطمع من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر التخل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التمازف والحاجة بقي الاذن معتبرا بغيره بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الأرض الى أن يدرك وتركها حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من أجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فثمرت ثمرا آخر قبل القبض ففسد البيع لجزءه عن التسليم ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشرك في مقدار لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر فاصله أن لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها اذا خرج الثمرة فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ماضى ثانيها أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعاً لوجود استحسننا التعامل الناس وللضرورة وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الأئمة السرخسي والأصح أنه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الأصول على ما يئنا أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيع له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجوز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم قال (ولو استثنى منها أرطال معلومة صح كبيع برقي سنبله وباقي في قشره) أي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوة أو غير المجذوة جاز البيع كما يجوز بيع البرقي سنبله وباقي في قشره أما الأول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة

بإذن البائع أو بغير اذن البائع لانه لم يحصل الازداد في عين المبيع لا كالأول ولا وثقا وانما تغير حال المبيع من حيث النضج اه اتقاني (قوله فان الشمس) الذي بخط الشارح بان الشمس اه (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة الخ) والفرق بين الاذن الثابت في ضمن الاجارة الباطلة وبينه في ضمن الاجارة الفاسدة أن الاذن في الاجارة الباطلة صار أصلا مقصودا بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الناسد فائت الوصف دون الاصل فلم يكن معدوما بأصله فصح أن يكون متضمنا فافسد المتضمن فسد المتضمن اه اتقاني (قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) قال الاتقاني رحمه الله وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها قال أصحابنا يجوز بيع ما لم يظهر اه (قوله والمخلص)

أي من فساد البيع اه اتقاني (قوله أن يشتري الأصول) أي ويستأجر الأرض ويؤدم الشراء على الاجارة فان والمستثنى قدم الاجارة لا يجوز لان الأرض تكون مشغولة بملك الآخر اه فصول (قوله جاز البيع) قال الكمال رحمه الله الآن عدم الجواز أقبس بمذهب أبي حنيفة في مسئلة يبيع صبرة طعام كل قفيز بدينهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار وان لم يرض الى المسازعة فالخاصل أن كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطله فليس يلزم أن ما لم يفيض اليها يصح معها بل لا بد من عدم المفضية الى المنازعة في الجهة من كون المبيع على حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط

لا يقتضيه العقد على البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك معجما أو ماما قبل في توجيه النع بعد البيع لا يبلغ الا تلك الارطال فبعد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الكل أو لا فلا يرضى المشتري حينئذ ذلك الاستثناء اه كلام الكمال رحمه الله (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز) أي وهو قول الطحاوي اه هداية قوله وهو قول الطحاوي أي وكذا الشافعي وأحمد اه فتح وكتب أيضا على قوله وروى الحسن الخ مانعه ومشى عليه صاحب الجمع والنقابة أيضا اه (قوله فكذا استثناءها) أي بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه اه اتفاقى قوله وأطراف الحيوان أي كما إذا باع هذه الشاة إلا ألبتها أو هذا العبد إلا يده اه فتح (قوله وفلان) لفظ فلان ليس (١٣) في خط الشارح اه (قوله بلفظه) كذا بخط الشارح (قوله) فيجوز بيعه في قشره كالشعر) أي وأجرة الدوس والتذرية على البائع هو المختار اه خلاصة (قوله) وقال الشافعي لا يجوز) قال الاتفاقى وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقي في القشر الاول وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز واللوز والقشر في القشر الاعلى وقال في أحد قوليه وبيع الحنطة في سنبها لا يجوز وكذلك الارز والسهم في كموه ويزيع الشعر والذرة في سنبها بالاتفاق اه (قوله ولا زيت ولا قطن) قال الكمال رحمه الله وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو قوى قطن في غيره أي باع ما في هذا القطن من الحب أو ما في هذا القطن من القوى فانه لا يجوز مع أنه أيضا في خلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بأن

والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما ينابخلاف ما إذا استثنى فخلو مينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تنفص الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهاله قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما يناب من قبل ألا ترى أن يجه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جراف فيما بقي بعد الثبوت لان كل ما جازا راد العقد عليه بانفراده جازا استثناءه من العقد وما لا فلا وبيع أرتال معلومة من الثمار جازا فكذا استثناءها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناءها ولو كانت مجهولة بأن باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناءها وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله وربما لا يبقى بعده شيء الى آخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح ثم الكلام وصار مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائي طوالق الافلانة وفلانانة أو قال عبيدى أحرار الافلانة وفلانانة حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا إذا كان بلفظه بان قال عبيدى أحرار الافلانة أو نسائي طوالق الافلانة حيث لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعناق على الجميع فكذا أهنا لا يكون رجوعا إذا قال بعثت هذه الثمار الا هذه الثمار أو ما الثاني وهو ما إذا باع برافى سنبها الخ فلانه مال متقوم متفقد به فيجوز بيعه في قشره كالشعر وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبر البطح وجب القطن والبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة ألا ترى أنه يقال هذه حنطة وهي في سنبها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحصى الأخضر وسائر الجيوب المغلفة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهر وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوحدين الناس ألا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري بإسناده عن النبي عليه السلام إذا منع الله الثمرة فم يستحل أحدكم مال أخيه فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين الحل ولو أجرى على إطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لانه يقتضى جواز بيعه بعدما يبيض مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقائل حتى يفرك قال (وأجرة الكيل على البائع) مراده فيما إذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وزرعه وعنده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعقد فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مزارعة أو معاينة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه قال (وأجرة

النوى هناك معتبر عماها الكافي العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم اه (قوله وسائر الجيوب المغلفة) واعلم أن الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره اه كمال (قوله في المتن وأجرة الكيل على البائع) قال الاتفاقى وقال في الخلاصة أيضا وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أيضا هو المختار ثم قال فيها وفي المتن في اخراج الطعام من السفن على المشتري ثم قال في الخلاصة أيضا لو اشترى حنطة في سنبها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشتري ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين رجل اشترى عنبا جرافا فلقطه على المشتري وكذا كل شيء باعه كالنوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر على المشتري اه

(قوله في المتن من باع سلعة بثمن الخ) قال الاتفاقى رحمه الله بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً وليس للبائع حق حبس المبيع لأنه بالتأجيل أسقط حقه في الحبس وكذا إذا كان بعض الثمن حالا وبعضه مؤجلاً فله حق حبس المبيع إلى استيفاء الحال ولو سلم المشتري جميع الثمن إلا درهماً فله حق حبس جميع المبيع لأن حق الحبس لا يتجزأ قال في التحفة ولو دفع المشتري إلى البائع بالثمن رهناً وتكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لأن هذا وثيقة بالثمن فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا إذا أحال المشتري البائع على رجل وهذا عند أبي يوسف وقال في رواية إذا أحال رجلاً على المشتري سقط حق الحبس وإذا أحال المشتري البائع على رجل لم يسقط حق الحبس اهـ وكتب ما نصه واعلم أن للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن لأن قضية العقد المساواة بين العاقلين اهـ وكتب أيضاً ما نصه فإن جاء المشتري ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر قد ذكر الحكم فيه في حاشية (١٤) كتبهما من الاتفاقى نقلاً عن الزيادات عند قول المصنف في باب العتق

على جعل وعتق بالتخلية
فراجعها اهـ

باب خيار الشرط

(قوله في المتن صح للتبايعين) أي وعلى قول سفيان وابن شبرمة أن كان الخيار للمشتري جازواً فلا كذا في التحفة اهـ اتفاقى (قوله في المتن أيضاً ثلاثة أيام) بالنصب على أنه ظرف أي في ثلاثة أيام ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام اهـ والصواب أن يقدر مدته ثلاثة أيام اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان) وحبان هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحداً اهـ اتفاقى (قوله وكان يغبن) أي يخدع يقال

نقد الثمن ووزنه على المشتري) لئلا كذا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لأن حق البائع يتعلق به فيكون أجراً من يميز ذلك عليه أذهو المحتاج إليه وهذه رواية ابن سماعه عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه أجره نقد الثمن على البائع لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج إليه فتكون أجرته عليه وبالأول كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله وروى عن محمد أن أجره النقد على رب الدين بعد القبض وقوله على المدين لأن على المدين إيفاء حقه فتكون أجرته التمييز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعى أنه خلاف حقه فيكون تمييز حقه عليه قال (ومن باع سلعة بثمن سله أولاً) أي سلم الثمن أولاً لأن العقد يقتضى المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن أولاً ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع إذا الثمن لا يتعين إلا بالقبض وصورة هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فإذا أحضر قبل المشتري سلم الثمن أولاً كذا وان كان المبيع غائباً فالمشتري أن يتعص من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال (والامعاً) أي إن لم يكن سلعة بثمن سلماً معاً لا ستواتهما في التعيين أو في عدم التعيين وذلك لأنه إما بثمن أو سلعة بسلعة فالأول كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال رحمه الله (صح للتبايعين أولاً حدهما ثلاثة أيام أو أقل) أي جاز خيار الشرط لهما جلة أو لا حدهما ثلاثة أيام فإدونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات إذا بايعت فقل لا خلافة في الخيار ثلاثة أيام قال (ولو أكثر) أي لو شرط أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقال لا يجوز إذا سمى مدته معلومة لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد عتس الحاجة إلى ألا أكثر فشابه التأجيل في الثمن ولا يحنيفة أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو التزم وانما يجوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتتنى الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لأنه للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز الخيار إلى شهر فيحتمل أن يكون خيار الرؤية

غبنه في البيع غبناً وهو من باب ضرب وغبن رأيه غبناً ضعف وهو من باب علم ويقال أنه مغبون في أو البيع وغبن في العقل والدين اهـ غاية (قوله لا خلافة) انخلافة الطبيعة كذا في الجملة اهـ غاية (قوله ولي الخيار ثلاثة أيام) ثم اعلم أن شرط الخيار إلى ثلاثة أيام جائز استحساناً بالاجماع بهذا الحديث اهـ غاية (قوله ولا يجوز إذا سمى مدته معلومة) أي ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالاجماع اهـ غاية وكتب ما نصه وفي شرح الجمع والاصح أنه أي أبا يوسف يوافق الإمام اهـ كي (قوله) ولأن الخيار شرع للتروي) يعنى إلى النظر والتفكر اهـ غاية (قوله فشابه التأجيل في الثمن) والجامع أنهما مدة ملحقه بالعقد لمساس الحاجة إليها اهـ غاية (قوله لأنه للقدرة على التحصيل) أي بالكسب أو تدخل غلته وهي لا تحقق غالباً وظاهر في أدنى مدة ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فإنه لا يلاء العذر والنظر في أن البيع رايح أو خاسر ومدة الثلاث تامة في هذا المعنى فلا حاجة إلى الزيادة اهـ غاية

(قوله في المتن فاذا أجاز في الثلاث) أي بعدما كان شرطاً أكثر منها اه عني وكتب على قوله فاذا أجاز في الثلاث مانعه قال الاتقاني
 ثم من له الخيار إذا بطل خياره فلا يخلو ما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعدها فإن كان بعدها فلا يتقلب العقد جازاً خلافاً لابي
 يوسف ومحمد فإن عندهما إذا شرط الخيار مؤبداً ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جازاً لأن الخيار إلى هذه المدة جاز عندهما ولا يتقلب جازاً
 عند أبي حنيفة لأن الخيار إلى هذه المدة لا يجوز عنده وإن كان إبطال الخيار قبل الثلاثة أو سقط الخيار بموته أو بموت العبد أو أعتقه
 المشتري أو حدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جازاً عندنا اه غايه (قوله خلافاً للزفر) أي والشافعي اه اتقاني
 (قوله وله أن المفسد الخ) أي لابي حنيفة اه (قوله قد زال قبل تفرره) أي لزومه وثبوته لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام اه كي (قوله
 كافي البيع بالرقم) أي فانه فاسد اه والرقم الكتابه وزعم الساجر الثوب من هذا وهو اعلام غنه بنوع علامة عليه بأن غنه كذا درهما
 اه غايه وكتب على قوله كافي البيع بالرقم مانعه وكما لو باع جذعاً في سقف ثم زعه فسله اه (قوله وهذا عند مشايخ أهل العراق)
 قال الاتقاني وقد نص الكرخي في مختصره أن البيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فان أجاز من له الخيار جازاً وعلى ذلك أهل العراق
 اه (قوله فلا يتقلب صحهما) أي واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي ونظر الاسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اه غايه وكتب على قوله
 فلا يتقلب صحهما مانعه وبالإسقاط ينقذ صحهما اه كي (قوله وهذا الوجه أوجه) أي الوجه الثاني الذي ذهب إليه مشايخ خراسان
 وهو قوله لأن المفسد الخ اه (قوله في المتن ولو باع على أنه لم يتقد الثمن الخ) هذه من مسائل (١٥) الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية

قول أبي يوسف مع أبي حنيفة
 كآري وكذلك ذكر الصدر
 الشهيد أيضاً في شرح
 الجامع الصغير ولم يذكر محمد
 خلاف أبي يوسف في أصل
 الجامع الصغير وهذا الذي
 ذكره قول أبي يوسف الأول
 وروى الحسن بن أبي مالك
 عن أبي يوسف أنه رجع عن
 هذا القول وقال يجوز
 البيع كما هو قول محمد كذا
 ذكر الفقيه أبو الليث في
 شرح الجامع الصغير ولهذا
 المعنى قال صاحب المنظومة

أو العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال (فاذا أجاز في الثلاث صح خلافاً للزفر) هو يقول ان
 العقد انقضى فاسداً فلا يعود صحهما كالنكاح بغير شهود وله أن المفسد قد زال قبل تفرره فيقلب صحهما كما
 في البيع بالرقم وأعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فإن عندهم ينقذ فاسداً
 ويرتفع الفساد بخلاف الشرط لأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع
 فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كأن الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع وأما عند مشايخ خراسان
 فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فبمضي يوم من اليوم الرابع فسد العقد فلا يتقلب صحهما
 بخلاف فساد النكاح لعدم الأشهاد لأن الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن إزالته وهذا الوجه أوجه
 قال (ولو باع على أنه لم يتقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع صح وإلى أربعة لا) وهذا عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام وأكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً وهو القياس لأنه شرط
 فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحة منها فسد فهذا أولى وجه الاستحسان
 أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير أن ترك النقد جعل
 أمانة الفسخ والنقد أمانة الامضاء وهذا الشرط محتاج إليه لدفع الماطلة كما أن شرط الخيار محتاج إليه
 لدفع الغبن غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم النقد يفسخ العقد وفي ذلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم

• واضطرب الأوسط فيه فاعقل • اه غايه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) صرح في الجمع بأن الاضح أن أبا يوسف
 مع أبي حنيفة اه (قوله وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلاً) من قوله هذا الشرط أصلاً إلى قوله في المتن ولو اشترياً على أنهم ما بالخيار مفقود
 من خط الشارح اه (قوله يفسخ العقد) قال الاتقاني ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذكور في شرح الطحاوي وبه
 صرح صاحب الايضاح أيضاً واليه ذهب صاحب المختلف وقال في الفتاوى الصغرى ولومضى الثلاثة ولم ينقذ الثمن فسد البيع إلا أنه
 لا يفسخ حتى لو أعتقه المشتري بعد ذلك ان كان العبد في يده نقد وان كان في يد البائع لا وقال في شرح الطحاوي ولو كان هذا البيع
 بهذا الشرط للبائع كما إذا اشترى شيئاً على أن البائع أن رد الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما فهو على الاختلاف يعني أن البيع
 جاز بهذا الشرط عندنا خلافاً للزفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدة ما ذكره في الفتاوى الصغرى بقوله ان أعتق البائع صح وان
 أعتق المشتري لا ولو قال ان لم ينقذه الثمن إلى أربعة أيام فلا يبيع بينهما فاسد في قول أبي حنيفة إلا أن ينقذه الثمن في ثلاثة أيام وفي
 قول محمد البيع جاز كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة وقوله آخر كقول محمد
 وقد مر ثم أبو حنيفة مر على أصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو في معناه الا إذا نقذ الثمن في الثلاث
 فكان البيع جازاً لانقطاع المفسد ومحمد مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع إليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول حيث
 ما كان في معناه وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع إليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول حيث
 يجوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار ولم يجوز هنا لأنه أتبع أثر ابن عمر في شرط الخيار أنه جاز فيه الزيادة على الثلاثة وروى عن

ابن عمر في هذا المسئلة انه اجاز ثلاثة ايام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا كان كذلك لم يتجاوز أبو يوسف حد السنة والاثر وأخذهم ما وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لان القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر لانه يبيع شرط فيه اقالة فاسدة وهي اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فشرط الاقالة الفاسدة أولى اه اتقاني وكتب على ينسخ العقد مانصه قال القاضي الامام ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من (١٦) حفظها وهو انه اذا لم يتقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد العقد ولا ينسخ حتى لو اعتقه

المشتري وهو في يده تفسد عتقه وان كان في يد البائع لا ينفذ اه خبازية (قوله ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص) أي بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا نصارى اذا بايعت فقل لا خلافة ولي الخيار ثلاثة ايام اه اق وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اه (قوله في المتن وخيار البائع يمنع الخ) قال في الدراية وفي المجتبى في المحيط يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة اجماعاً الا أنه لا يدخل في ملك البائع عند أي حنيقة خلافاً لهما اه (قوله اذا قبضه المشتري) أي وكان الخيار للبائع اه (قوله وفيه القيمة) أي اذا لم يكن مثلياً وان كان مثلياً يضمن قيمته اه كي (قوله كما في البيع الصحيح) انما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك جلال حال المسلمين على الصلاح اه (قوله يخرج عن ملك الميت) فيه نظير بل هي مبقاة على ملك الميت لحاجته كذا ذكر في غير موضع اه (قوله

اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير و اجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يبعد اختلافاً ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مراعى أصلهما في الزيادة على الثلاثة في الملقق به وهو شرط الخيار على ما بينا وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص في هذا وبالآثر في ذلك قال (فان تقد في الثلاث صح) يعني فيما اذا شرطاً أكثر من ثلاثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة على وجوه إما أن لا يبين الوقت أو يينا وقتاً مجهولاً بأن يقول على أنه ان لم يتقده اياماً أو يينا وقتاً معلوماً وهو أكثر من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسداً لا أن يتقد في الثلاث لم يخل أو يينا وقتاً معلوماً وهو الثلاثة ايام أو دونه فانه يجوز لما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع وملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع قال (وبقبض المشتري يهلك بالقيمة) يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لان المبيع ينسخ بالهلاك لانه كان موقوفاً ولا تنفذ بدون المحل وكان مقبوضاً في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انسخ البيع ولا شيء للبائع على المشتري كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع أن يلزم البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انسخ العقد كان مضموناً على المشتري بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه ولكن المشتري يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخه كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه وتسقط حصته من الثمن قال (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظراً لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخروا غما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلاً لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه دخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع نظراً له لينظر فيه هل هو موافق أم لا فلو دخل في ملكه بفوت ذلك فيما اذا اشترى قريسه لانه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين يخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سائبة وهي منهي عنها لا نقول الحال موقوف ان أجزى البيع يستند الى وقت العقد فيبين أنه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكه قال (وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه) أي بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع

ولهذا كان له الزوائد أي اذا الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد مانعه كقطع الحاصلة في مدة الخيار وأما الكسب فينتدق به ينظر في آخر غصب فتاوى الولوالجي اه (مخرج) الولد والعقر والثمره والدين يمنع الرد بالاجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالاجماع فان أجاز البيع فالغلة والكسب للمشتري وان فسخ فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة ترجحه الله للبائع اه عمادى (قوله في المتن وبقبضه) أي قبض المشتري فيما اذا كان الخيار اه

كقطع اليد فان كان يرتفع كل رضى فهو على خياره فان ارتفع في المدة لا يلزمه والا يلزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشتري يمنع الرد على البائع ليجزى عن الرد كما قبضه والهالك لا يعزى عن مقدمة عيب فيه لك بعد ما تبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمنع الرد اذا لا يجزى عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان أشرف على الهلاك فلزم البيع فيه انما يلزم بعدم موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محال البيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال (فلو اشترى زوجته بالخيار بى النكاح) لانه لم يملكها لان خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما ينص قال (فان وطئها له ان ردها) لان الوطء بحكم النكاح لا يحكم ملك المبيع اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تعيب به وليس له ان ردها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما ليس له ان ردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكها اياها فيكون الوطء بحكم ملك المبيع فيمنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذا المسئلة تطهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها قاطر منها عتق العبد المشتري على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكك عبد افه وحر بخلاف ما اذا قال ان اشترته لانه يصير كل شئ في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزى عن الكفارة اذا فاه بخلاف شراء القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضرت عند المشتري بعد القبض لا يجزى به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجزى به لوجوده ولورجعت الى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب اذ رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كمالو كان البيع باثما ثم تفاسخا باقالة أو غيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجاها ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولده خلافا لهما وثمره الخلاف تطهر أيضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجاع لانها تعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند أبي حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضى فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كافي البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له انهما لا يمنعان وقوع ملك المشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا ما ذونه في التجارة فأبرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بى خياره عنده لانه لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والمأذون له بملك الرد وان كان التملك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما يبطل خياره لانه لم يملكه كان الرد منه تملك بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحرف صار كمالو كان له خيار رؤية أو عيب في البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجاع وجوابه انهما لا يمنعان الوقوع في الملك على ما ينص وذكر في المحيط أنه لا يملك الابراء عن الثمن الا عند أبي يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه ابرأ بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذى من ذى خرا على أنه بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك عليها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بى على خياره بالاجاع ولوردها المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجاز صاره وان فسخ صار الخرج للبائع والمسلم من أهل أن يملك الخرج كما

(قوله اذا كان قريبا) أى قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه اه فتح (قوله ومنها عتقه) أى عندهما خلافا لأبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشترته) أى حيث يعتق اتفاقا اه (قوله فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع) أى فعندهما تصير أم ولده خلافا لالامام اه (قوله ولوردها المشتري عادت) لا يظهر لقوله وان ردها المشتري فائدة لان قوله بعد وان فسخ الخ يغنى عنه اه

(قوله فصار مسطاطه على الفسخ) أي والدليل على التسليط أنه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اه اتقاني (قوله مثل اعتاق من له الخيار) يعني إذا صدر الاعتاق والبيع والوطء أو التقييل بشهوة عن له الخيار يعني البائع فإن ذلك يكون فسحا ما لو صدرت هذه المذكورات من المشتري والخيار له فإنها حينئذ تكون (١٨) اجازة اه ك (قوله فصار كالوكيل بالبيع) فإنه يجوز له التصرف من غير علم

في الارث ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فإن أجاز العقد صار له لان المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما وان فسحه كان للبائع وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لأحدهما أو لهما لان القبض شيها بالعقد من حيث أنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ماصر ومنهما مسلم اشترى من مسلم عصيا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة ففسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرد إلى البائع عنده وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري فأحرم البائع فلامشتري أن يردّه ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تخن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال (فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وان فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يفسخ أيضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدة فصار مسطاطه على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار أو بيعه أو وطئه أو تقييله بشهوة وكلاجارة فان علم الآخر لا يشترط فيه اقل هذا لا يشترط رضا فصار كالوكيل بالبيع فإنه يجوز له التصرف من غير علم الموكل ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذا لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لساعته مشتريا بالقلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وجبر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهى المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وجبر العبد المأذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وكنونه مطبقا ولا نسلم أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسقطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذه منه وكذا حتى اذا بدله الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسحه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال (وتم العقد بموته وعضى المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة) يعني يتم العقد بواحد من هذه الجمل أما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجوز فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار صفة للثبوت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الامشيتة وارادة فصار

الموكل اه (قوله ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه) يعني اذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشتري فتصرف المشتري في المبيع بعد مضي المدة اعتمادا على البيع السابق وعلى أن العقد تم بعضى المدة فتلزمه الغرامة قال الاتقاني واذا فسخ البائع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتمادا على البيع السابق فيغرم قيمته اذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر اه (قوله وكذا لا يطلب الخ) أي وكذا لا يلزم الضرر على البائع فيما اذا كان الخيار للمشتري وفسخ بلا علم البائع اه (قوله تم العقد ولزم) أي لان تمام المدة دلالة لزوم البيع اه اتقاني (قوله لا يصح فسحه بغير علمه بالاجماع) وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر اه ابن فرشنا (قوله أما الاول وهو موت من له الخيار) أي سواء كان باثنا أو مشتريا اه (قوله وقال الشافعي يورث عنه) والمراد ببقى التوريث عندنا أن العقد

لا يفسخ بفسخ الوارث كما كان يفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقاني (قوله كخيار العيب والتعيين) كخيار أي كما اذا اشترى أحد التوأمين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بمن معلوم ويرد الآخر اه غايه (قوله لانه ليس هو الامشيتة وارادة) ينصب ما يدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئا الامشيتة وارادة اه غايه وكتب على قوله وارادة مانصه أي ارادة الفسخ

أو الإجازة وإرادته قد انتقطت بموته كسائر تصرفاته اهـ والحاصل أن الإرث انما يكون في شيء يتصور انتقاله لا فيما لا يتصور انتقاله والخيار لا يتصور انتقاله وانما قلنا أن الإرث فيما يتصور انتقاله لأن سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث وكذا منكوحته لا تورث اهـ (قوله يبطل خياره) أي خيار من له الخيار من بائع أو مشتراه (١٩) (قوله فلا يكون دليل الاستبقاء)

وهذا انما يتأتى بالنسبة إلى

حائب المشتري أما في جانب البائع فلا حاجة إلى الامتحان فينبغي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اهـ (قوله كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة) أي فانهما يستحقان الشفعة وان علكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هنالك يصير أحق بالتصرف فيها اهـ فتح وكتب على قوله المأذون له في التجارة مانعه أي المستغرق بالدين اهـ فتح (قوله وهذا التقدير يحتاج إليه لابي حنيفة) أي لأنه القائل بأن المشتري بالخيار لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فانما يحتاج إلى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اهـ فتح (قوله وأما على قولهما) قال الكمال وأما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتحه له الشفعة بها والوجه أنهم ما أيضا يحتاجان إلى زيادة ضمنية لأن الملك وان كان بائعا عندهما فله رفعه

كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا الابه بالعيب فان الجزء السليم فلمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعدموت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للمورث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم وأما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلا ينعضها بطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالخبرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع وأما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل والممس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينقض الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيئا من هذه الاشياء في المدة انسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء وأما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته أن يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى يجنبها فإخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجارة وهذا لان الشفعة شرعت تطرأ للمالك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الاخذ بها دليل الاستبقاء فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر أن الجواز كان سابقا ولانه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج إليه لابي حنيفة وأما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج إلى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج إليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار يجنبها فاخذها به لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة قال (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أي أجاز المشتري أو من شرط له الخيار أو نقضه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لأن الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصل ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائباً عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة قال (فان أجازا أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق) لوجوده في زمان لا يراجه فيه أحد وتصرف الآخر بعده بلغولان السابق ان كان فسحا فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا يتفرد أحد المتعاقدين بفسخه قال (وان كانا معا فالفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر خرج الكلامان منهما معا كان الفسخ أولى من الاجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك أولى فسحا كان أو اجازة لان الأصل أقوى اذا السائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضا للأصل ولانه لما أقدم على التصرف كان عزله منه بالفعل حكما وهو عاك

فهو منزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اهـ كمال (قوله حيث لا يسقط باخذ الشفعة) أي حتى اذا رآها كان له أن يرد ما بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية وقبلها هو عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة اهـ كمال

(قوله بخلاف ما اذا وكله) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اه (قوله ولا يقال المفسوخ) الذي في النسخ ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ فليأمل اه (قوله ويثبت لكل واحد منهما الخيار) أي ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء تركه ونقض البيع اه (قوله في المتن وعين صح الخ) بان يقول بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في هذا لا تنفاه المفسد لجهالة أحدهما من هذين اه فتح (قوله كأنه خارج عن العقد) أي الى وقت سقوط الخيار فينقضي حينئذ اه (قوله اذا العقد مع الخيار لا ينعقد) الخ قال الاتفاقى رحمه الله أما الوجه الاول فانما فسد لجهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لان البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في حق الحكم الى وقت سقوط الخيار فينقضي حينئذ لما أن الخيار داخل (٣٠) في الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اه وقال الكمال رحمه الله

لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم غن المبيع مجهول لان الثمن لا يتقسم في مثله على المبيع بالاجزاء اه (قوله والثالث أن بين الثمن دون الآخر) أي كأن يقول البائع بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أي بالخيار في أحدهما اه وكتب على قوله دون الآخر مانصه أي لم يبين الذي فيه الخيار اه (قوله والرابع بالعكس) أي وهو أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن اه (قوله اما لجهالة الثمن) أي لما أن من فيه الخيار ليس بداخل في الحكم فيبقى الآخر مفردا وغمه مجهول اه اتفاقى وقال الكمال لان المبيع وان كان معلوما يتعين من فيه الخيار الا أن

ذلك صريح بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليهما طلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبوف فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في عينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرًا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح أن المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعدرا العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ أقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان أولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجد معا ينفذ نكاح الحرة لانه أقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ الا ترى أنه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بمحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانه قول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لانه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد على كذا المشتري من المالك تقديم تصرف المالك وعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالمال عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال (ولو باع عبد بن علي أنه بالخيار في أحدهما ان فصل وعين صح والا) أي صح ان فصل غن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كأنه خارج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فإلزام يكن ذلك الداخل معلوما وغمه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولان يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسئلة على أربعة أوجه أحدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني أن لا يبين واحدا منهما والثالث أن يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس والعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع أو لجهالة التماسا في الاولى لا تنفاه لجهالة عنهما فان قيل لا يخلو ما أن تجعل المستثنى داخلا في العقد أو لا فان جعلته داخلا فيه وجب أن يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان غمته شرط لجواز البيع وان كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وان يبين وفصل لان جعلت قبول العقد في غير المبيع شرط للصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حرو عبد أو شاة ذكية وميته فإنه لا يجوز وان بينهما قلنا

ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا يتقسم عليهما بالسوية اه (قوله أو لجهالة المبيع) وهذا لما قلنا ان الذي هو فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فيبقى الآخر مفردا وهو مجهول اه اتفاقى وكتب على قوله أو لجهالة المبيع مانصه بسبب جهالة من فيه الخيار اه فتح (قوله لا تنفاه لجهالة عنهما) أي بان يقول بعثك هذين بألف على أي بالخيار في هذا اه (قوله لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع) أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار اه (قوله قلنا الخ) قد أجاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن أشار الى السؤال بقوله وقبول العبد في الذي فيه الخيار ان كان شرط لا انعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محللا للبيع فهو كالموكل يبيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرط فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمصلحة له في الجملة ولهذا الرقضى القاضي يجوز بيعه جاز وكان القبول شرطاً صحيحاً فكذا فيما نحن فيه بخلاف ما شبه

به من الجمع بين الحز والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد اه (قوله هو داخل)
 أى الذى فيه الخيار اه (قوله صيغة) أى فى العقد اه (قوله فى المتن وصح خيار التعيين الخ) وخيار العيب والتعيين يورث بالاتفاق
 اه اتفانى فى خيار الرؤية قوله يورث ينظر كلام الشارح الزيلعى رحمه الله فى خيار الشرط عند قوله وتم العقد بموته فان فيه ما يخالف
 قوله يورث فتنبه والله الموفق (قوله وهو أن يبيع) نسخة وهو أن يشتري اه (قوله أو يبيع أحدا الثلاثة) نسخة أو يشتري (قوله على
 أن يأخذ أيها شاء) أى وبين عن كل واحد منها على حدة وعن الكل متفق (٣١) أو مختلف اه كى (قوله والحاجة

الى هذا النوع من البيع متحقة) أى لان الانسان قد يحتاج الى زوج خف ونحو ذلك ولا يتيسر له أن يخرج الى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من الدهاقين أو من النساء فى البيوت فيحصل اليه من يقوم مقامه فى الشراء من الأنواع الثلاثة الجيد والوسط والردى حتى يختار ما وافقه اه (قوله وهذه الجهالة لا تنفضى الى المنازعة) أى لان من له الخيار وهو المشتري فوض اليه الامر بأخذ أى ذلك شاء اه اتفانى (قوله فلا حاجة الى الأربعة) أى وان انعدمت المنازعة فيه بتعيين من له الخيار فبقى على أصل القياس اه اتفانى (قوله وكون الجهالة بالجرح عطا على قوله للحاجة اه (قوله قال شمس الأئمة) أى فى جامع اه كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول الكرخى اه كى (قوله نفي الاسلام) أى فى جامع

هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا غير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلا ن صيغة وحكما اذ لم يوجد فى حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده فى حق الحكم أصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على أنه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أو لم يفصل لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري قال (وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة) وهو أن يبيع أحدا العبدين أو الثوبين على أن يأخذ أيها شاء أو يبيع أحدا الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء ولا يجوز ذلك فى الأربعة وهذا استحسان وقال زفر والسافى رحمهما الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع القن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحقة لانه يحتاج الى اختيار من يتقرب به أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الجمل اليه الا بالشراء كيلا يبقى أمانة فى يده فكان فى معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تنفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذا الحاجة تنفذ بالثلاثة لوجود الجيد والردى والوسط فيها فلا حاجة الى الأربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل بشرط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الأئمة هو الصحيح وقيل لا بشرط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال نفي الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى أحدهما حتى لا يرتد لأحدهما وعلى قول الكرخى له أن يرتد لهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضيان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ههنا يعنى فى الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ أيها شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه كذا فى المانون ووضعه فى الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أيها شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فإدونها عند أى خيفة وبعده معلومة أيها كانت عندهما على قول أكثر المشايخ لان القياس بأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالتحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان اردت لهما بخيار الشرط فى المدة أو ردت أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردتها جميعا ويبقى له خيار التعيين فبردت أحدهما وان مات المشتري فى مدة الخيار يطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الرد أحدهما قال العبد الضعيف ، فقال الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى أحدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك الذى

اه كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول محمد بن شعاع اه كى (قوله وبعده معلومة أيها كانت عندهما) أى بعد أن كانت معلومة فان قيل ينبغى أن لا يجوز فى الرائد على الثلاث عند أبى يوسف لانه أخذ بالقياس فى خيار النقد حتى لم يجوز الزيادة على الثلاث فينبغى أن يكون كذلك ههنا قلنا قوله فى خيار النقد ان لم يتقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثروا ردا فى حقه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم يكن فيهما حرف التعليق فكان الاثروا ردا فى حقهما معنى كذا قيل اه

(قوله ولو شرط خيار التعيين للبائع) أي بان قال بعثك هذين الثوبين على أي بالخيار أعني البيع في أحدهما لم يذكر محمد هذه المسئلة في بيع الأصل ولا في الجامع الصغير اه كي (قوله لانه يجوز للشترى للمعاينة) أي الى اختيار الفرق والافق اه (قوله ولا حاجة اليه للبائع) أي لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانيه الى ما يقتضيه القياس اه كي (قوله فهلك أحدهما أو تعيب) قال في شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اه اتقاني (قوله وتعين الآخر للامانة) فان قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيئاً ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء قلت انما كان ذلك أمانة لانه اشترى أحدهما لا غير وانما قبض الآخر ليرده على البائع اذا تعين أحدهما لا يملكه ولا على سوم الشراء وقد تعين أحدهما هنا فبقى الآخر أمانة لانه قبضه باذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه اه اتقاني وكتب على قوله وتعين الآخر (٣٣) للامانة ما نصه حتى اذا هلك بعد هلاك الاول لا يلزمه شيء اه (قوله وان هلكا معا

الخ) أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أبواب وقبضها المشتري والخيار له فهلكت معا يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكر لك (قوله وكذا لو هلكا على التعاقب الخ) وان هلك أحدهما قبل الآخر وليكنهما اختلاف فيه فلا تظهر فائدة الخلاف اذا كان الثمن متفقاً وانما تظهر اذا كان الثمن مختلفاً بان يكون ثمن أحدهما عشرة وثمانين والآخر عشرين فقال البائع هلك الذي ثمنه عشرين أو لا وقال المشتري هلك الذي ثمنه عشرة أو لا كان أبو يوسف يقول يتخالفان فأيهما نكل قضى عليه بما ادعاه صاحبه وان حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معا ولزمه نصف عن كل واحد منهما

يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبائع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحصافاً قالوا واليه أشار في الزيادات ووجهه أنه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذلكه قياساً عليه وذكري المجرد أنه لا يجوز لانه يجوز للشترى للمعاينة مخالفاً للقياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لا امتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدي امرأته أو أعنت أحدهما حيث يتعين الباقي للعناق والطلاق لانه حين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلاً للطلاق والعناق فلا يعجز عن الإيقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلاً للإيقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين أشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى أنهم استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعناق كذلك لا يخرج من أن يكون محلاً للإيقاع قبل الموت غير أنه لا يعجز عنه فبقى مختيراً الى الهلاك فاذا هلك خرج من أن يكون محلاً له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك أحدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف عن كل واحد منهما الشروع البيع والامانة فيهما لعدم الاول به يجعل أحدهما مبيعاً وأمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقاً ومختلفاً وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدرى الاول منهما يجب ثمن نصف كل واحد منهما المقتضى لخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحدهما لانهما محل لا ابتداء البيع فكذلكا لتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردتهما وان كان فيه خيار الشرط لانه العيب يمنع الرد بخيار الشرط قال (ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرد الآخر) يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لأحدهما أن يرد قصيبه اذا أجازا الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يردّه وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن اثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى

ثم رجع وقال القول قول المشتري مع عينه وهو قول محمد لان الثمن صار ديناً على المشتري هذا اذا لم يكن لهماينة فلو أقام دفعه أحدهما البينة قبلت فان أقام جميعاً فبينة البائع أولى لانها تثبت الفضل اه اتقاني (قوله بخلاف الهالك) أي فانه ليس بمحل لا ابتداء البيع فلا يكون محلاً لتعينه اه (قوله وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب) أي قبل القبض وبعد يعني اذا اشترى شيئاً ليس لأحدهما أن يردّه بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع رجالاً اشترى شيئاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يردّه في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قوله ما له ذلك وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر بردّه الى هنا لفظ الفقيه وقول الشافعي كقولهما اه اتقاني قوله وروى عن أبي حنيفة رواية أخرى قال الاتقاني ووجه الرواية الاخرى أن الذي امتنع من الرد أراد ابطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهذا لان المقصود الكلي من اثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان للاجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعاً يؤمر صاحب الرد لا يلزم ابطال حق الرد اه

(قوله في المتن أو كاتب) أي حرقته ذلك اه فتح (قوله في المتن أخذه بالثمن أو تركه) قال الشيخ أبو نصر والاصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها وتلك الصفة مما يتفاوت فيها الأغراض فتفاوتا كثيرا فإن المشتري بالخيار مثل أن يشتري جارا على أنه أتان فاذا هوذا كرا أو شاء على أنها نجعة فاذا هي فخل ومساائل الكتاب من هذا الجنس ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التي شرطها وله في الصفة غرض فاذا فاته ثبت له الخيار كما لو وجد المبيع عيبا أو ما إذا كانت الصفة تتفاوت فيها الأغراض فتفاوتا كثيرا فالعقد فاسد وذلك مثل أن يبيعه دارا على أن يبنها آجر فاذا هو لبن أو باعه شخصا على أنه جارية فاذا هو عبد فالبيع فاسد لانه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس وأما إذا شرط صفة فوجد هازائدة فهي للمشتري مثل أن يشتري ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجد أحد عشر ذراعا وكذلك لو اشتري جارية على أنها ثيب فاذا هي بكر فتكون الصفة الزائدة للمشتري ولا خيار كمن اشترى عبدا على أنه معيب فوجد صهيما اه وكتب مانصه قال الكمال وإن لم يجده كما شرط وامتنع الرتب بسبب من الأسباب ورجع المشتري على البائع بمحضته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبًا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت اه وكتب أيضا مانصه وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط لانه من مقتضيات العقد ألا ترى أن الوصف الذي شرطه لو كان موجودا في

(٣٣)

المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما إذا اشترى على أن يتلك المبيع أو على أن يسلمه البائع إلى المشتري اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو باع شاة) قال الاتقاني رحمه الله تعالى بخلاف ما لو اشترى ناقة على أنها حامل حيث يكون البيع فاسدا على رواية كتاب البيوع لأن الحمل لا يعرف حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان غررا فأوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه الحال فلم يكن غررا ولأن ما نحن فيه صفة

دفعه عن نفسه فلو بطل هذا باطل الآخر خياره لم يحصل مقصوده ولمحق به ضرر وله أن الشروط خيارهما الخيار كل واحد منهما على انفراده فلا يتقرب أحدهما بالرد ولأن حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه اضرار بالبائع إذا لم يبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة فلورثته أحدهما لردته معيبا بها انتهى عيب في الأعيان لا يكونه لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برده أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه ليجزى عن إيجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه إياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فكأن رعاية جانب البائع أولى ولا يقال البائع رضى بالتعيب بالبيع لهما لا نقول رضى بالتعيب في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه ألا ترى أن المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له أن يردّها على البائع لحديث العيب عنده وهو الزوج وان حصل بتسليطه ورضاهما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال (ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف من غوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على أنها حامل أو تحلب كذا وكذا أرطالا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو جل أو انتفاخ حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا صاعا أو يكتب كذا قدر يفسد لانه كذا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء ردّه لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول

محضة لا يتصور انقلابها أصلا وهنالك المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشترط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك البيع أيضا جائز فلا حاجة إلى الفرق لاستوائهما في الجواب كذا قال الشيخ أبو المعين التستقي في شرح الجامع الكبير ثم قال ولا رواية عن أصحابنا ان اشتراط الحمل في الجوارى هل يوجب فساد العقد أم لا اختلف مشايخنا فيه منهم من قال يوجب قياسا على الناقة للمعنيين المذكورين ثم من قال لا يوجب لأن الحمل في الجوارى عيب فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحمل في البهائم فانه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز ومنهم من فصل وقال ان اشتراها ليتخذها طائرا فشرط أنها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وهي مجهولة وفي وجودها خطر فصارت كالناقة وان كان لا يريد اتخاذها طائرا كان جائزا لما مر أنه اشترط البراءة عن هذا العيب اه (قوله حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد) أي كما إذا شرط في الفرس أنها هملاج وفي الكلب أنه صائغ حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به اه فتح (قوله فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء ردّه) أي ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته اجماعا لانه في ضمن تلك العين اه فتح (قوله لكنه نسي عندك) أي والمدة متضمنة أنه نسي في مثلها اه فتح

(قوله فكان الظاهر شاهداً) والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل اه فتح (قوله لكنها تابعة) أي تدخل في العقد من غير ذكر في جعل الوصف مقابلاً بشئ من الثمن يلزم جعله أصلاً فلا يجوز اه

باب خيار الرؤية

لما شرع يذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر في العقد على غيره على التوالي وذلك لأن الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف إلى حرم مانع يمنع تمام العلة كالبيع المضاف إلى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد في حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا يتم الصفقة بالقبض اه اتقاني قدم هذا الباب على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشئ إلى شرطه لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شرائاً لالعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيمولا في الأثمان الخاصة بخلاف مالو كان المبيع انا من أحد التقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مائة ثبت الخيار لكل منهما ومحل كل ما كان في عقد ينفسخ بالنفسخ لا مالا ينفسخ كالمهر وبديل الصلح عن القصاص وبديل الخلع وان كانت أعياناً لانه لا يفيد فيها لان الرضا لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائماً وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة (٣٤) فلو كان له أن يرد كان له أن يرد أبداً وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط

خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضاً بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند أي خفيفة ومحمد خلافاً لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط اه فتح (قوله في المتن شراء ما لم يره جائز) أي وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جواً فإنه أثواب

المشتري لان الاصل عدم الخيار والكتابة فكان الظاهر شاهداً له ولو ابتاعه من غير أن يشترط الكتابة والخبر وكان يحسن ذلك فنيته في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيردّه وعلى هذا لو اشترى جارية على أنها طباخة أو نحوها في جميع ما ذكرنا من الأحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن لان الأوصاف لا يقابلها شئ من الثمن اكونها تابعة في العقد اذا الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف يفسد على ما يجي بياته في البيع الفاسد

باب خيار الرؤية

قال (شراء ما لم يره جائز) وله أن يرد ما إذا رآه وان رضى قبله) وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصارت كالم يشر اليه ولا إلى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرقى للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة لانه اذ لم يوافق رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب معنى سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم

هرؤية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرشياً ومنه أن يقول بعثك درهم في كى صفتها كذا أو ثوباً في كى صفته كذا أدخل أو هذه الجارية وهي حاضرة متقبلة وله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالاجماع اه لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع أو لا سواء أشار إلى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك ما في كى بل عامة المشايخ اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعده القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً كان يقول بعثك شيئاً بعشرة اه كمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره الخ) ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفي بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما لا يعرف الا بالشم كسك اشتراه وهو راء فانه انما ثبت الخيار له عنده فله الفسخ عنده ثم بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجد منه متغيراً لان تلك الرؤية غير معرفة بالمقصود لا ن وكذا شرائاً لا عني يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية اه فتح (قوله فصارت كجهالة الوصف في المشاهد) يعني فيما لو اشترى ثوباً وأشار إليه لا يعلم عدد ذرعه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في التشبيه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف اه فتح وكتب على قوله في المشاهد ما نصه أي المشار إليه اه هداية

(قوله لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا) أي والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاستقاط لا يتحقق قبل الثبوت اه فتح (قوله) في المستن ولا خيار لمن باع مالم يره) أي بان ورت عينان في بلسنة أخرى فباعها قبل أن يرها اه فتح (قوله) اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب) أي فانه ثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة اه فتح قوله حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة أي كما أن البائع أن يرد المبيع بالعيب الآن البيع لا ينفسخ برده الثمن لعدم (٢٥) الاصاله في العقد وينفسخ برده المبيع للاصاله ولا يقال خيار

الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت البيع لانقول الحكم في الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فيثبت في الفرع منسل حكم الاصل اه غاية (قوله) ولنا المرجوع اليه) أي للقول الذي رجع اليه أبو حنيفة اه (قوله باع) الظاهر اشترى اه غاية (قوله) وأما قبلها) الذي بخط الشارح وأما قبله اه (قوله) لتعلقه بالرؤية) قال الاتقاني رحمه الله ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوي أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعد ولا حاجة الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع ولكنه يشترط حضرة البائع خلافا لابي يوسف اه (قوله) لا يمكن دفعه كالاغناق) أي العبد الذي اشتراه ولم يره اه فتح (قوله) أو يوجب كالبيع المطلق) أي ولو بشرط الخيار للمشتري تلخيص الحق فيه للمشتري

أدخل السوق فاستجدها فاشترى ما أسلمها اليه فقال عليه السلام لا بيع ما ليس عندك وأجعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كازعم بالخاز ولو باع عينا غائبة وكان المشتري رآها قبل ذلك جاز فيطل زعمه طرنا وعكسا وقوله وان رضى قبله يتصل بما قبله أي له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار قال (ولا خيار لمن باع مالم يره) وكان أبو حنيفة رجح الله أولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا اتفق رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الآخر اذا لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب أن يثبت لا آخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجح عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع مالم يره أصلا قول واحد ولنا المرجوع اليه أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقبل طلحة أنك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أراه وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعته مالم أراه فحكاهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تكبر فكان اجاعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار أنه يتظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولورده البائع لردم باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كالمو باع عبدا على أنه معيب فاذا هو سليم لا يثبت البائع فيه الخيار قال (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أي يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراعاة بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما بين وقال بعضهم اذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريح محمول لدلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي أن لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بزوال سببه الا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والعيب أنه مطلق غير مقيّد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره مالم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في الاصل لان النص ورد بآيات الخيار مطلقا والعبرة في النصوص عليه لعين النص لا المعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقا بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والتقيده يكون زيادة وهو فسخ فيمتد الى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التعييب أو تصرف لا يمكن رفعه كالاغناق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا ودلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم

(٤ - زيلعي رابع) وقوله كالبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج المبيع عن ملكه اه فتح (قوله) والاجارة) أي والهبة مع التسليم اه فتح (قوله) لتعذر الفسخ) أي لان هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لم تعذر الفسخ وبطل الخيار اه وكتب ما نصه وان تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعي علمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل اه كمال (قوله) والمساومة) يقال سام البائع السلعة عرضها وذر كرمها اه

(قوله لا يبطله قبل الرؤية) أي لان خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بان قال قبل أن يرى أبطلت خيارى فلان لا يبطل بدلالة الرضا أولى اه غايه (قوله ويبطله بعد الرؤية) أي لان الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحاً كان الرضا أو دلالة اه غايه (قوله في المتن وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق الخ) قال الكمال والاصل في هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشروطاً والالجاز أن يتظر الى عورة العبد والامة التي يريد أن يشتريهما ولزم في بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير الرثي تبعا للرثي فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف ان نفي عليه ان من نظر الى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقي فلا خيار له فليس له أن يرد به خيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما وظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجهه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في العبد والامة تباع الوجه ولذا اتفقت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اه قال الاتقاني اذا ثبت هذا نقول لا يخلو اما ان كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو أشياء فان كان شيئاً واحداً فلا يخلو اما ان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فاذا رأى البعض ورضي به يكون ذلك رضا بالبعض الذي لم يره اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبرة مسقط للخيار اذا كان الباقي مثل ذلك لان رؤية البعض تعرف حال الباقي لان الحنطة والشعيرة تعرف بالنموذج ولكن هذا فيما اذا كان المكمل في وعاء (٣٦) واحداً ما اذا كان في وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق رؤية أحدهما

كروية الكل وقال مشايخ بل لا تكون رؤية أحدهما كروية الكل لانهما شيئان متى كانا في وعاءين والاصح هو الاول وهو المروي عن أبي يوسف كذا في الصحفة لان تعريف الباقي فيما اذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المائنة لا باعتبار اتحاد الوعاء وان كان يتفاوت أحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطيخ في سرجة ونحو الرمانات والسفرجلات في قفة فان رؤية البعض لا تعتبر رؤية في الباقي ويكون على

لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يفوت صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولا نه مؤ كد بحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للشترى فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى أرضاً فاذن الاكر أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله باهره كفعله قال (وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والداية وكفلها وظهر الثوب مطوي او داخل الدار) لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكتفى لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذا الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل في المبيع أشياء فان كان لا تتفاوت أحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجران العادق لا كتفاه البعض في الجنس الواحد ولو وقع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كلاً يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لاتتم وان كان أحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والذواب والعبيد فلا يثبت من رؤية كل واحد من أفرادها لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكرنا لكرخي لتفاوت أحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعيرة لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطوي بما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا

خياره ما لم يبال كل لان رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت أما اذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً كالعبد والجارية كوضع فرأى الوجه دون سائر الاعضاء يسقط خياره اه (قوله وعلامته) أي علامة الشيء الذي لا تتفاوت أحاده أن يعرض على البيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيئاً قليلاً من المكمل أو الموزون الى المشتري حتى يراه فان أعجبه اشترى والنموذج يفتح التون بمعنى الاتموزج بضم الهمزة مغرب اه اتقاني (قوله الا اذا كان الباقي أردأ) أي مما رأى حينئذ يكون له الخيار يعني خيار العيب لان خيار الرؤية ذكره في الشبايع وفي الكافي اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكره البائع به عيباً ثم أرام المبيع في الحال اه كمال رحمه الله (قوله لانها مع الخيار لاتتم) أي خيار الرؤية ولهذا تمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاه اه شرح منار (قوله لكونها متقاربة) أي وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح اه فتح (قوله وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطوي بما يعلم به البقية) أي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره وبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اه فتح (قوله الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم) ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فإما يرباطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقرار اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر اه فتح

(قوله فلا بد من رؤيتهما) استقيمت من قوله في المتن والدابة وكفلها أي وكفت رؤيته وجه الدابة وكفلها اهـ وكتب على قوله فلا بد من رؤيتهما مانصه فلورأي أحدا لا من قبله خيار الرؤية اهـ اتقاني (قوله وشرط بعضهم) قال الاقطع وقد قالوا ان قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطا في سقوط الخيار أيضا اهـ (قوله لا بد من الجس) أي الأس باليد اهـ (قوله ويعرف به كثرة اللحم وقلته) أي فان رأى ذلك من بعيد ولم يحسبه فله الخيار وذلك لان السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس اهـ اتقاني (قوله وفي شاة القنية) أي الشاة التي تؤخذ للدروا والنسل لا للتجارة اهـ اتقاني (قوله وجعل في المختصر رؤية داخل الدار) نسخة خارج وهو الثابت في خط السارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج مانصه هكذا هو في كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله في السطر الثاني لما ذكرنا في خارجها لكنه مخالف لما ذكره في المتن من قوله ودخل الدار وكذا هو في عامة نسخ المتن وكتب أيضا مانصه قال في التحفة قال مشايخنا وأويل ما ذكر في كتاب القسمة أنه اذا رأى الدار من خارج يبطل خياره اذا لم يكن داخل الدار أبينة فأما اذا كان فيها أبينة لا يسقط الخيار ما لم يدخلها لان الداخل هو المقصود اهـ (قوله يسقط خياره) أي وان لم يشاهد بيوتها اهـ (قوله فلا بد من رؤيته ذلك كله في الاظهر) أي والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتمد في ديار مصر والشام والعراق اهـ فتح (قوله وذلك يظهر رؤيته بعضها) وعبارة الشيخ أكل الدين في شرح الهداية وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج الدار اهـ (قوله ورؤية أشجار البستان بكتني بها) قال الكمال رحمه الله وأما ما ذكر في الأشجار من (٣٧) الاكتفاء برؤية رؤس الأشجار ورؤية

خارجها فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيان لا يكتفي برؤية الخارج ورؤس الأشجار اهـ (قوله ولورأي دهناني قارورة من خارجها لا يبطل خياره) أي لان لون الدهن مما يتغير بلون القارورة اهـ اتقاني وكتب على قوله ولورأي دهناني مانصه قال في التحفة لو نظر في المرأة فرأي المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى

كوضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشره كله لانه ليس من ذوات الامثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا لما تفاوتت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال ببعضه على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا تفاوتت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالأدمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف الغازي لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤية خارج الدار رؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا رأى ضمن الدار سقط خياره لما ذكرنا في خارجها وقال زفر لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشترية والصيفية والعالية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلامها مقصود بالنظر الى الخارج أو الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة أهل الكوفة في ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا في الصغر والكبر وفي كونها جديدة أو عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فاكتفوا بذلك وأما اليوم بخلافه فلا يكتفي به ورؤية أشجار البستان يكتفي بها لوقوع العلم بها ولورأي دهناني قارورة من خارجها لا يبطل خياره

عينه وان رأى مثاله وعلى هذا قالوا من نظر في المرأة قرأى فرج أم امرأتها عن شهوة لا ثبت حرمة المصاهرة ولو نظر الى فرج امرأتها المطلقة طلاقا رجعا عن شهوة في المرأة لا يصير محرما لما قلنا ثم قال في التحفة ولو اشترى سمكا في الماء يمكن أخذه من غير اصطيد فرأى في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان الشئ لا يرى في الماء كما هو بل يرى كبريما هو فهذه الرؤية لا تعرف حال حقيقته وأما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر في ظاهر الرواية قال صاحب التحفة وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا كان شيئا كالأوبوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشتري باذن البائع أو قلع البائع برضا المشتري يسقط خياره في الباقي لان رؤية البعض كروية الكل وان قلع المشتري بغير اذن البائع لم يكن له أن يرتد سواء رضى بالمقلوع أو لم يرض اذا كان المقلوع شيئا له قيمة عند الناس لانه صار معيلا لانه كان ينمو بالقلع لا ينمو ويحدث العيب في يد المشتري بغير صنعه يمنع الرقع صنعه أولى وان كان شيئا يباع عددا كالقفل والسلق ونحوهما فمروية البعض لا تكون كروية الكل لان هذان من العدييات المتفاوتة واذا لم يكن المقلوع شيئا له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لانه لا يحصل به العيب ثم قال في التحفة وذكرنا في مطلق من غير هذا التفصيل وقال اذا اشترى شيئا مغيبا في الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولا يكون رؤيته بعضه مبطلا لخياره وان رضى بذلك البعض فخياره باق الى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد وقال في الايضاح قال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري أخاف ان قلعتسه

لا يصلح ولا أقدر على الرد وقال البائع أخاف أن قلعتنه لا ترضى به قال من تطوع بالفلح جاز وإن تشاح على ذلك ففتح القاضى لأنه لا يمكن
الاجبار لما فيه من الاضرار اه اتقاني (قوله في المروى عن أبي حنيفة ومحمد) أى حتى يصبه في كفه لأنه لم ير الدهن حقيقة لو جود
الحائل اه فتح (قوله وعن محمد أنه يبطل) أى لأن الزجاج لا يخفى صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة
اه فتح (قوله في المتن وتطروكيه بالقبض كنظره) أى إذا قبضه الوكيل فاطرا اليه مكشوفاً اه (قوله وصار خيار العيب والشرط)
أى بأن اشترى معيباً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا إذا وكله في قبض ما اشتراه
بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط اه فتح (قوله بأن قبضه) أى الوكيل اه (قوله مستورا) أى ثم راه اه فتح
(قوله والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يتقبضه وهو يراه) وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقي يار
الرؤية يمنع تمام العقد فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً اه كمال (قوله فلا يملك اسقاطه

(٢٨)

في المروى عن أبي حنيفة ومحمد وعن محمد أنه يبطل قال (وتطروكيه بالقبض كنظره لا تنظر رسوله) وهذا
عند أبي حنيفة وقال لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لأنه لو وكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار خيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطها فكذا هذا وأقرب منه
أنه لا يقدر على اسقاطه قصداً بأن قبضه مستورا فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل فان خيار الموكل
لا يسقط به فكذا ضمناً بالقبض لما ذكرنا ولا يـ حنيفة رحمه الله أنه وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه
والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يتقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يتقبضه مستورا لأنه إذا قبضه مستورا
فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصاً والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل
لا طلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك لكونه
أجنبياً بعد انتهاء الوكالة وهذا لأنه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملاً ضرورة فإذا انفصل
السقوط عن القبض بأن كان بعده قصداً أو قبله بالرؤية لا يملكه اذ لم يملكه إلا بالقبض وهذا بخلاف خيار
العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لأنه لا يسقط بقبض الموكل
فلا يتصور فيه القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة
ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولا في الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول
في التوكيل كن وكيل في القبض وفي الارسال كن رسول في نفسه أو أمرتك بقبضه ويقول وتطروكيه
بالقبض احتراز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف
ولم يقيده الرسول به لأن نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقاً سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء قال (وصح
عقد الاعمى ويسقط خياره إذا اشترى بحس المبيع وشبه وذوقه وفي العقار بوصفه) أما صحة عقده فلا لأنه
مكلف محتاج فصار كالبصير وأما سقوط خياره بما ذكره فلأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما ينال
في البصير وقوله يسقط خياره بحس المبيع الخ محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما إذا اشترى
قبل أن يحس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا وعتد إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا
من قول أو فعل في الصحيح على ما ينالوا كتنى بالوصف في العقار لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به والوصف قد
يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعدما وصف له فكذا في حقه

الخ) وتقبض عسنتين لم يقم
الوكيل مقام الموكل فيهما
أحدهما أن الوكيل
لو رأى قبل القبض لم يسقط
برؤيته الخيار والموكل لو رأى
ولم يقبض يسقط خياره
والثانية لو قبضه الموكل
مستورا ثم رآه بعد القبض
فأبطل الخيار بطل والوكيل
لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب
بأن سقوط الخيار بقبض
الوكيل انما يثبت ضمناً
لتمام قبضه بسبب ولايته
بالوكالة وليس هذا باتفاق
مجرد رؤيته قبل القبض
وتقول بل الحكم المذكور
للموكل وهو سقوط خياره
إذا رآه انما يأتى على القول
بأن مجرد مضى ما يتمكن به
من الفسخ بعد الرؤية يسقط
الخيار وليس هو بالصحيح
وبعين الجواب الأول يقع
الفرق في المسئلة الثانية

لأنه لم يثبت ضمناً القبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اه فتح (قوله وهذا بخلاف خيار العيب لأنه
لا يمنع) أى بخلاف خيار الرؤية فإنه يمنع تمام الصفقة اه (قوله في المتن وسقط) كذا بخط الشارح اه (قوله فصار كالبصير) قال الاتقاني
رحمه الله والحاصل أن ما يمكن جسده وذوقه وشبهه يكتفى بذلك لسقوط خياره في أشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك
بمنزلة نظر البصير لأن ذلك أقصى ما يستدل به على معرفة الشيء وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لأن التعريف الكامل في
حقه يثبت بهذا فاما فيما لا يمكن جسده كالتمر على رؤس الشجر فمعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروى عن أبي يوسف ومحمد اه
(قوله فكذا في حقه) أى فإذا رضى الاعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اه وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان
الخ في جامع العتاني هو أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن اتفاقه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف
وسقوط الخيار به فلذا لم يذكر في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم وعن أنكره الكرخي وقال

وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علما اه فتح (قوله واجرا الموصى على رأس المحرم) أي الذي لا شعر عليه اه فتح وكتب على قوله واجرا الموصى الخ مانصه ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشيء بمنزلة وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلة في السلم وجوب اجراء الموصى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم لا لاي اه فتح (قوله ولو اشترى البصير ثم عي قبل الرؤية انتقل الى الوصف) أي كأنه كان أعمى عند العقد اه اتقاني (قوله وليس له أن يردّه وحده) أي كيلا يكون تقريرا للصفقة على البايع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعد اختيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخا من الاصل له دم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد بعد القبض أجيب بأن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لم علم أن الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تتم فيما كان ملك البائع ظاهر اقل يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق اه فتح قال الاتقاني ثم اذا أراد أن يرد ما لم يره اذا رآه ليس له أن يردّه وحده بل يردّه ما جيعا ان شاء لئلا يلزم تفريق الصفقة (٢٩) قبل التمام وكذلك الحكم في خيار

الشرط لا يجوز له أن يفسخ البيع في أحدهما دون الآخر وهذا لان خيار الرؤية والشرط عندهما غم الصفقة سواء كان المبيع مقبوضا أو غير مقبوض ولهذا يرد من له الخيار بلا قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فإنه اذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد باحدهما عيبا بعد القبض له أن يرد المبيع وحده لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام يرد أحدهما فلو وجد باحدهما عيبا قبل

وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لآمنه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كتحريرك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الآخر من في الصلاة واجرا الموصى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهو أشبه بقول أبي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل به كروية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض مشايخ بل يشترط مس الحيطان والأشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعد ما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد قد تم به وان لم يرد فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاها ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال (ومن رأى أحدا لثوبين فاشترىهما ثم رأى الآخر له ردهما) لان رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر لثبوت بقي خياره فيما لم يره فيجوز ردهما لما روينا وليس له أن يردّه وحده لنهي عليه السلام عن تفريق الصفقة فإردّه ما جيعا ضروري ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره وفي منع الفسخ فيه وحده ما بطل له فكان باطلا لا نأخذ بقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الآخر احتراز عن التفريق فكان فيه عملا بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يردّه بالحديث الاول والذي رآه بالشئ لمّا أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعدده وهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ولا يكون فسخا للخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذا لم يفسد ملك التصرف وليس له أن يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام

القبض ليس له أن يردّه وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانهم لم تتم قبل القبض والمعنى في تفريق الصفقة لزوم الضرر على البايع لانه بما لا يمكنه ترويح أحدهما بدون الآخر بمجودة أحدهما وردا للآخر وفي منع المشتري عن الرد أيضا ضرر الا أن قبل القبض ضرر البيع أكثر لانه يلحقه ضرر مالي وضرر المشتري ليس بمالي بل هو بطلان مجرد قوله متى ألزمناه رد كليهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه يرد الكل يبطل حقه عن اليد والرغبة وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع أعلى الضررين بأدناهما ثم بعد القبض اذا وجد باحدهما عيبا لا يكون له ردهما الا برضا البايع لان سبب الرد وجد باحدهما دون الآخر وفي المكيل والموزون من ضرب واحد اذا قبض فوجد به عيبا ليس له الا أن يأخذ جميعا أو يردّه جميعا كذا ذكره محمد في الاصل وذلك لان المالية تامة للمكيل والموزون باعتبار الجميع فانه لا قيمة للحبة وأمثالها قصار الكل كشيء واحد كما في حق الرد ولهذا جعل رؤية البعض رؤية الباقي كما في الثوب الواحد ففي مسألة الاستحقاق قال في الشامل في قسم المبسوط استحق أحد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لان استحقاق أحدهما لا يوجب نقصانا في الآخر لا حقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لو حود النقصان فانه لا يمكن الانتفاع الا بالثابت وان كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام ولو استحق بعض المكيل بعد القبض لا يخير لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل اه (قوله والذي رآه بالثاني) أي بالحديث الثاني وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة اه

(قوله ولهذا أفاد العقد) هذا لا يصلح دليلا لأنه مع خيار الرؤية يملك التصرف مع أنه لم تتم الصفقة اه (قوله كما صار نظيره فيه) أي نظيره القبول في الانفراد به اه من خط السارح (قوله أن لم يتغير لا يخبر) أي لأن خيار الرؤية في شراء ما لم يره انما ثبت للجهل بصفات المعقود عليه فإذا كان المبيع على ما رآه من الصفقة يحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يبق له الخيار اه اتقاني (قوله الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل) أي كل رأى جاريه ثم اشترى جاريه متنبه لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلغ في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك اه كمال رحمه الله (قوله الا اذا بعدت المدة) قال الاتقاني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع وان كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري كما قال شمس الأئمة السرخسي وذكر في الكافي اذا نظر الى ثوبه أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشتري تغير عن حاله الذي رأته عليه فعليه البيعة وعلى البائع العيب ولم يصدق المشتري في قليل المدة واعتبر الشهر قليلا في حق الحكم لأنه لا يتغير في مدة الشهر غالباً اه وكتب على قوله (٣٠) الا اذا بعدت المدة مانصه بحيث يعلم أنه تغير (قوله فيكون القول له مع عيینه)

الصفقة لانهم ما قدر ضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاها خلل لما أفاد بحقيقته أن خيار العيب ثبت لقوات بعض أوصاف المبيع وقوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى بالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد علمه الا الفسخ ولهذا لا يملك أحدهما الفسخ به بعد القبض بل ينسخ بقضاء القاضي أو بالتراضي ولو كان يمنع التمام للملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه أي نظيره القبول في الانفراد به فيه قال (ولا يورث كخيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقدين والوارث ليس بعاقدا فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال (ومن اشترى ما رأى خيرا ن تغيره والا) أي ان لم يتغير لا يخبر لان العلم بالمبيع حصل بالرؤية الاولى وقد رضى به مادام على تلك الصفقة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور وانما يخبر اذا وجد متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معللة بأوصاف المبيع فصارت كانه لم يره قال (وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع عيینه) لان الظاهر يشهد له اذا اصل بقاعما كان على ما كان وكذا سبب الزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير البيعة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهده الاتري أن الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة قال (وللمشتري لو في الرؤية) أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها امر حادث والمشتري يسكره فيكون القول له مع عيینه قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهم ما منعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لا ارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الأئمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط

أي وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعثته وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان في بيع بات أو في خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البيعات كون المشتري يرى المبيع فسدعوى البائع رؤية المشتري تملك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهده الظاهر لا لمن ينسك بالاصل الا اذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية اه فتح (قوله أدهب رده) أي الباقي بعد بيع والهبة اه (قوله لا يمنعان تمام الصفقة) أي وان كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلجواز

رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له وعليه أن يقول اشترت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب بمقابلته عرض مالي حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوبا دون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز للمشتري أن يرد المبيع ان شاء لغرر من البائع وان شاء رضى به اه اتقاني (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقاني ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رده عليه بقضاء في البيع وبقضاء أو بغير قضاء في الهبة وكذا اذا رده عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ مانصه أي محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الأئمة) قال الاتقاني وشمس الأئمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفي

أبو بكر خواهر زاده والامام القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفي هذه السنة توفي أبو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ أبي عبد الله الجرجاني وهو تلميذ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي اه (قوله وعليه اعتمد القدوري) أي وصححه قاضيان اه فتح وكتب مانصه وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعازال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عملة ولحظ على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا وبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اه فتح

باب خيار العيب

(قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب) أي في العقود عليه في عرف التجار والمعرف كالشروط بالشروط صريحاً اه اتقاني (قوله اشترى منه عبداً أو أمة) شك من الراوى اه (قوله لا داء ولا غائلة ولا خبثة) الداء ما كان في الجسد والخلفة والخبثة ما كان في الخلق والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه اه والعداء بالعين والبال (٣١) المهمتين هو ابن خالد بن هوزة بن خالد كان

اسلامه بعد الفتح وقال الترمذي هذا الحديث حسن غريب كذا بخط الشارح وكتب على قوله ولا خبثة مانصه قال ابن الاثير أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبثة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لأنهم قوم لا يحل سبيهم كمن أعطى عبداً أو أمة أو من هو حر في الأصل اه فقوله نوع من أنواع الخبيث يقتضى أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ في الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اه (قوله بيع المسلم للمسلم) ينصب بيع ورفعته النصب

وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما إذا وهب عبداً للمدين ممن له الدين أو عبداً للجاني من رب الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً للمجدد والعذر لابي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما والله أعلم

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال رحمه الله (من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو رده) لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فكانت السلامة كالشروط في العقد صريحاً بالكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كمالاً يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما إذا فأت الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبداً على أنه خباز أو فحوة فوجده بخلاف ذلك ولو كان السلام كالشروط في العقد لا يحل له أن يبيع المبيع حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له رواه ابن ماجه وأحمد وعنه ومرو عليه السلام رجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو مملول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتاباً بعد ما باع وقال فيه هذا ما اشترى العدا من خالد بن هوزة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة يبيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذي فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا يتقص من الثمن شيئاً لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً فلا تكون أصلاً ولا من اجاله بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصّة بالاتلاف قصدوا المراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على رضاه بعد العلم بالعيب قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) لان الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في

على المصدر أي باعه بيع المسلم والرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هذا بيع المسلم وهو مضاف الى الفاعل والمفعول منصوب وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم اذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غشاً وانما قال ذلك على سبيل المبالغة فان المسلم اذا باع المسلم يرى له من النصيح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اه (قوله فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا يتقص الخ) قال الانقائي ثم ليس للمشتري امسالك المبيع وأخذ نقصان العيب لانه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز وهذا لان البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضى به والمشتري وان كان يتضرر بالعيب أياً يمكن تداركه ذلك برد المبيع فلا ضرورة في أخذ النقصان اه (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعي وفي وجهه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قاله الكمال اه (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أي وكما اذا حدث عند المشتري عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اه (قوله وقبضه المشتري من غير أن يعلم به) أي عند البيع ولا عند القبض أما اذا رأى ذلك عند أحد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة اه اتقاني (قوله في الثمن وما أوجب نقصان الثمن الخ) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال من وجد بالمبيع عيباً الخ وقعت الحاجة الى معرفة العيوب فينبى العيب بهذا اه

(قوله ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا) أي لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشياء اه (قوله فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة) والضعف قبل البلوغ شامل في الاعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه ويستند فكذا هذا فاذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان لعنى اخر سوى ذلك الضعف الاصلى وهو ثبوت ضعف في المثانة بسبب اخر فينشئ يكون عيبا لازما اه اتقاني (قوله لاتحاد السبب) والحاصل أنه اذا اتفق الحال ان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب بائنا عند البائع فأما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع ثم حدث النوع الاخر عند المشتري فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البائع ثم عند المشتري فان كان هذا الثاني غير (٣٣) ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد اه اتقاني تقلا عن

التحفة مع بعض تغيير اه (قوله في المستن والجنون) وحكى عن الشيخ أبي بكر الاسكاف البلي أن الجنون أيضا منزلة البول في الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن المشتري أن يرد بالجنون اذا جن عنده في حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر وانما يثبت حق الرد اذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر أيضا ووجه ذلك أن سببه في الصغر الضعف الشامل على الاعضاء وهو يزول بالكبر كما في ضعف المثانة وفي حالة الكبر لفساد اختصاصه بمحل العقل والصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا يظهر آثار العقل في الصغار ثم يزاد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون ثابته الفساد فيه اه اتقاني (قوله وعادوه

معرفة عرف أهله قال) كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم) ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا يزول بالبلوغ فان عادوه بعد البلوغ يكون عيبا حاد ما غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعد داء في الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعدة حيث في الباطن حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن يرد لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري أيضا قبل البلوغ رده به مالم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضا بعد البلوغ رده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوج به اليه وان سرق طعاما من المولى لبيعه يكون عيبا لانه لا يأمنه في حفظ ماله ولو سرق الشيء اليسير فهو الفليس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ في الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان أبق من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عاربه أو ودیعة بخلاف ما اذا أبق من الغاصب الى المولى أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقوه الى الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها ويوتها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره وعادوه عند المشتري بعد الكبر رده لانه عن ذلك الاول وقيل لا تشترط المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع رده وان لم يعاوده في يد المشتري لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرد حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة ومادونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب ومادونه لا يكون عيبا قال (والبحر والدفن والزنا وولده في الجارية) يعني هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود منها وهو الاقتراض وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا يخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه أذفرا أو أبحرا أو زانيا أو ولدا لا يمنع منه الا أن يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البحر والدفن يكون من داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روى عن محمد في الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد

عند المشتري بعد الكبر رده) أي بخلاف الاباق ونظائره فانه لا يثبت حق المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت أنه كان به جنون كانت عند البائع رده اه (قوله لانه عين ذلك الاول) أي لان الجنون لا يكون الفساد في محل العقل وهو الدماغ في أي وقت ظهر فهو بذلك السبب اه اتقاني (قوله في المتن والبحر والدفن) البحر رائحة متغيرة من القم وكل رائحة ساطعة فهي بحر مأخوذة من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البحر الذي يتجر به من ذلك كذا في الجمهرة والدفن رائحة الابط قال في الجمهرة الدفن المتن رجل أذفرا وامرأة ذفرا ويقال للمرأة يادفار معدول وقد شمت دفر الشيء ودفره يسكون الفاء وفتحها وأما الدفن بالذال المجمة فهو حدة من طيب أو تين ورجاخص به الطيب فقبيل مسك أذفر كذا في الجمهرة اه اتقاني قال الكمال قيل الرواية هنا والسماع بالذال غير المجمة اه (قوله دون الغلام) فان قيل لو وجدته سارفا كان له أن يردوه والمعنى في ذلك أنه لا يؤمن على الخزانة والاموال فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤمن على الجوارى والخادم قيل

إذا كن مستورات يمكن حفظ أنفسهن وإذا شغلن المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر فلذلك المعنى لا يكون غيباً قاله الاتفاقى نقلاً عن الفقيه أبي الليث اه (فرع) النكاح عيب في الرجل والمرأة جميعاً وعلل محمد في العمل بقوله لأن فرج الجارية عليه حرام إذا كان له زوج ولأن العبد يلزم نفقة المرأة قال في الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن الباقين لا إذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع لأم البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد إذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرد لأن على تلك الرواية الولادة عيب لأن التكسر الذي يحصل بسبب الولادة لا يزول أبداً وعليه الشك في نفس الولادة عيب في بني آدم وفي البهائم لا اه اتفاقى (فرع) والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه قاله الاتفاقى نقلاً عن الأحناس اه (قوله في المتن والكفر) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن اشترى عبداً فإذا هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرد منه وهذا لأن المسلم قبل ما يرغب في صحة الكافر ويتفرغه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيباً ولأنه لا يجوز صرف الكافر إلى كفارة القتل بالأجاء ولا يجوز صرفه إلى كنارة اليمين عند بعض الناس فاختلفت الرغبة اه اتفاقى (٣٣) (قوله يرد لفوات الوصف المرغوب فيه)

أى لأن الأولى بالمسلم أن

يستعبد الكافر وكان

السلف الصالح يستعبدون

العلاج والجواب أن هذا

أمر راجع إلى المباشرة

ولا عبرة به في المعاملات

اه اتفاقى (قوله ويعرف

ذلك بقول الأمة) قال

الامام العتائى رحمه الله

وغيره إنما يعرف ذلك عند

المنازعة بقول الأمة لأنه

لا يعرف ذلك غيرها ويختلف

المولى مع ذلك بالله لقد

سلمها بحكم البيع وما بها

هذا العيب وان تكل ترد

بمكوله هذا إذا كان بعد

القبض وان كان قبل

كانت زنت عند البائع فلم يشتري أن يرد لها وان لم ترن عنده للحقوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رجل اشترى جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق بيعة فبيع الإباق لازم لها أبداً وهذا نص على أن الإباق أيضاً لا يشترط معاودة فعله هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يرد لها عليه بهمن غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعى رحمه الله الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيباً عادة إلا إذا كثر منه بخلاف السرقة فإن المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا أحده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال (والكفر) يعنى في الغلام والجارية هو عيب لأن طبع المسلم يتفرع عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتناقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرد لأنه زال العيب وقال الشافعى يرد لفوات الوصف المرغوب فيه لأن استعباد الكافر وإذلاله مطلوب للمسلم والحجة عليه ما ذكرناه قال (وعدم الحيض والاستحاضة) لأن ارتفاعه واستمرار الدم أمانة الداء وهذا لأن الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بأنه ارتفع إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الجبل فإما يذكر أحدهما لا يسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الأمة لأنه لا يعرفه غيرها ويختلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فتدبس كونه وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن أبي يوسف رحمه الله يرد بلا عين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفي المدينة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف وأربعة أشهر

(٥ - زيلعى رابع) القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي

حنيفة وأبي يوسف في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير عين البائع لأن شهادتهن تأيدت بما يؤيدوه وأن البكارة وإن قلنا هي ثبتت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لأن شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوى وبشهادتهن ثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم البيع وهي بكران كان بعد القبض وإن كان قبل القبض بالله أنها بكر وروى عن محمد أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير عين البائع فكذلك هنا ترد من غير عين البائع وقال في الفتاوى الصغرى إذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الجبل فإن ادعى بسبب الحمل يريها النساء فإن قلن هي حبل يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده وإن قلن ليست بحبل لا يمين على البائع وإن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشى (قوله قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه) في الهداية ويعرف ذلك بقول الأمة فتدانا انضم إليه نكول البائع اه (قوله وفي المدينة تسمع) وأقلها ثلاثة أشهر قال الاتفاقى قال محمد في الأصل والمستحاضة والتي يرتفع حية هازماناً فهذا كله عيب وفسر في النخبة أدنى ذلك الزمان بشهرين اه

وعشر عند محمد وعن أبي حنيفة وقرأناهما استئذان وجعلنا الأمر فيه أنه إذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا مال القاضي البائع فإن أقرب ما ادعاه المشتري ردها على البائع وإن أنكر قيام العيب لمحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجي بيانه وإن أقرب قيامه في الحال وأنكر أنه كان عنده يحلف فإن حلف برئ وإن نكل رده عليه وإن أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان للبائع قال في الكافي لا تقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه فتبقي القاضي بكنبهم بخلاف ما إذا شهد أنهم استحضروا الاستحاضة در ورالم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزى إلى فتاوى الفضلي أن المرجح في الجبل إلى قول النساء وفي الداء إلى قول الأطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث ثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزا إلى الفوائد الظهيرية ثم إذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده لأن المشتري لا يرد عيب حادث عنده وإنما يرد عيب كان عند البائع فلا بد من البين قال (والسعال القديم) لأن دوامه يدل على الداء وتنقص بسببه قيمته قال (والدين) لأن ماليته يكون مشغولا به ويقدم الغرماء على المولى قال (والشعر والماء في العين) لأنها يضرعان البصر ويورثان العمى قال (فلو حدث آخر عند المشتري رجع بقصانه أو ورد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده إلا برضا البائع لأن بالرد أضرار البائع لأنه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتنال الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بأخذه لأنه رضى بالتزام الضرر فخير المشتري حينئذ إن شاء رده وإن شاء رضى به وليس له أن يرجع لنقصان بعدما رضى البائع به لزال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما إذا خاط الثوب قبل ما ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له أن يأخذ الثوب لأن امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على إسقاطه وهنا امتنع لحق البائع فيسقط بإسقاطه ولا يقال إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لأننا نقول إذا سارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة بأحد أمرين إما بالانقلاف حقيقته كما إذا قطع البائع يده قبل القبض فإنه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف وإما بالمنع حكما كما إذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد لأن الجزء الفائت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فإذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع إن أمكن دفع الضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لا بدفاع الضرر به وإن لم يمكن رجوع عليه بحصته من الثمن فصار له حصته من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته أن يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فإذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى إذا كان عشر القيمة مثلا يرجع عليه بعشر الثمن وإن كان ثلثا قلته وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرده عنه نقصان العيب الحادث عنده لأن رد البديل عند تعذر رد المبدل كرده فصار إذا لكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا أن حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يضر به البائع وبعد ما تعيب عنده لورده لضرر به البائع لأنه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنه ويعود إليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري أمكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار إليه أصلا ثم لو رضى البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له أن يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البائع إذا رضى بأخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري أولى عند تعارض الحقيين لما أن البائع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيرجح مراعاة حقه لذلك لأننا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي ألا ترى أن من غصب ثوبا فحاطه أو صبغه لا تسقط عصمة صنعه قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا يرجع بالعيب) لأن القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان

(قوله وأحسن دعواه) أي بان ذكر مبيته وهو الداء أو الجبل اه (قوله مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغولة اه (قوله إلا أن يرضى البائع بأخذه) أي بالعيب الحادث فله ذلك لأننا قلنا بتعذر الرد لحق البائع فلما رضى أسقط حقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيرا اقتصر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير وهي مسألة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع ثم لحق الشرع لما فيه من تعليق الخمر وتملكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير اه اتفاقا (قوله فلا يصار إليه أصلا) هكذا هو بخط الشارح رجه الله ووجهه أن يقال فلا يصار إليه أي إلى الرد بعيب قدیم مع حدوث عيب آخر عند المشتري وفي عبارة الكافي وغيره فيصار إليه بدون قوله أصلا وهي ظاهرة المراد أي فيصار إلى الرجوع عليه بحصته من الثمن اه

(قوله حيث لا يكون له أخذه) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي انهما لو تراضيا على الرد فالقاضي لا يقضي بالرد اه (قوله في المتن وان باعه المشتري لم يرجع) أي بعد العلم بالعيب أو قبله اه غايه (٣٥) (قوله حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان)

أي سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده اه اتقاني وكتب على قوله حيث لا يبطل بالنقصان مانصه لان امتناع الرد ليس لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممنوعا قبل البيع بالخياطة لا بالبيع اه اتقاني وكتب أيضا مانصه قال الاتقاني وكذلك الحكم فيما لو كان المبيع حنطة فطمعها أو كان لحافا شواه أو كان دقة فانخره ثم باعه يرجع بنقصان العيب لان المشتري ليس بحابس للبيع بل امتنع الرد قبل البيع لحق الشرع اه (قوله في هذه الصور) يعني لو قطعه وخلطه ثم باعه بعد رؤية العيب أو صبغه ثم باعه بعد رؤية العيب أولت السويق بسمن ثم باعه بعد رؤية العيب فانه يرجع بالنقصان في هذه الصور وكتب على قوله في هذه الصور مانصه أي بعد رؤية العيب اه (قوله حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية) أي إذا رضى من له الحق في الزيادة فإذا أي المشتري الرد أو أراد الرجوع بالنقصان وقال البائع لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على البيع

بمخلاف ما إذا اشترى بعيرا ونحوه فوجد معه قاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة والفرق له أن النحر افساد للمال به لأنه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقة فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما إذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله قال (وان قبله البائع كذلك له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضى به بمخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال (وان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لانه صار حابس له بالبيع إذا رد غير متمتع بالقطع رضا البائع على ما يتفق كان مفقوتا للرد بمخلاف ما إذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصير حابس له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له قال (فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطلع على عيبه رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) يعني لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة إذا الفسخ في الأصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة أيضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ إذا هولا يرد الأعلى عين ما ورد عليه العقد والامساك فسخا ولو أخذ له كان ربا أيضا على ما بينا فإذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابس بمخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا ومخلاف ما إذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابس له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الأصل كالجوال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمها وما بالمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبز ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان المشتري إذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الأصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فإذا فسخ بسمن للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال فماله متولدة من المنافع والمنافع ليست بجزء العيب ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحسرية والكتابة والتدبير والاستيلاء حتى لا تكون أكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا أن يكون ربا لانه ليس بجزء للبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وعمله يطيب الربح لما روى أنه عليه السلام قضى أن الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فردّه بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه فإذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فأنزاجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفقوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضى به البائع فأنزاجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصير مفقوتا بالانزاج بل كان متمتعاً قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا للولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار ملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمنع الرد ولو كان الولد كبير ارجع بالعيب لانه لم يصير ملكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التملك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال (أومات العبد أو أعتقه) أي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه أما الموت فانه لا يمنع فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع

حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س ليس للبائع ذلك وقال م لذلك اه (قوله فاصله ان الزيادة نوعان متصلة الخ) الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل لا تمنع الفسخ عند محمد لانها تابعة للأصل اه غايه وعمادية (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ما قلنا وهو أن المشتري إذا كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا الخ اه

(قوله لان امتناع الرديفعله فصار كالقتل) قال الاتقاني وأما الاعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيان وهو قول الشافعي أيضا كذا نقل قوله في شروح الجامع الصغير لا نه حبس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل (قوله لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل) أي لان الانسان لم يخلق للملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر أعني أنه وقع جراء الكفر الاصل (قوله فيجعل كأن الملك فيه باق) بخلاف البيع فانه فاطع لملك البائع الى غيره لانه لا منه الملك في العبد وهذا ملكه المشتري اه (قوله) لتعذر الرد فيه ما بالامر المحكم (٣٦) أعني الرد امتنع بتعلم الشرع لا بفعله

المشتري اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه يرجع) لانه انهاء الملك وهو قول أبي يوسف اه (قوله والكتابة مثل الاعتاق على مال) أي وفيه خلاف أبي يوسف أيضا اه (قوله اذا أبق العبد المبيع) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وروى الحسن بن أبي مالك أنه يرجع للعالم اه (قوله وجوابه ما ذكرنا) ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا ترى أنه يجب عليه الكفارة لو كان خطأ اه اتقاني (قوله والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما) قال الاتقاني وأخذ الطحاوي في مختصره بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما وأجمعوا أنه لو ألتف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوي وجه قولهما أن الاكل تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلا فالانه استعمال العين لما طلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالأكل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما ما نصه قال في خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتقاني (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالاستفيدة عوضا اه اتقاني (قوله والتعليك من غيره امتنع) أي ولم يمنع الرد قبل التعليك اه (قوله أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق أو توباعه كالتدبير

الرجوع كذا في شرح الطحاوي وجه قولهما أن الاكل تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف مشروع بقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلا فالانه استعمال العين لما طلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالأكل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما ما نصه قال في خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتقاني (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالاستفيدة عوضا اه اتقاني (قوله والتعليك من غيره امتنع) أي ولم يمنع الرد قبل التعليك اه (قوله أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق أو توباعه كالتدبير

(قوله فكذا الجواب عنه) أي لا يرجع عنده كالأول كل كاه اه (قوله لانه كشي واحد فلا يرد به) أي كالعبد الواحد تعذر الرد في بعضه بمعنى من قبله مبطل الحق في الكل اه اتقاني وعند زفر يرجع بنقصان الباقي إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصنه من الثمن اه غاية (قوله ان لم ينتفع به) أي كالقرع المروا البيض المذراه فتح (قوله وقيل يرد القشور ويرجع بكل الثمن) هو اختيار صاحب الهداية اه (قوله هذا اذا كسره من غير علم به) لا يظهر وجه هذا (٣٧) التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل والذي يظهر أن التفصيل

فيما اذا وجده معيبا ينتفع به فينفي أن يذكر هناك اه قارئ الهداية اه (قوله لانه لا يحلوعن القليل من الفاسد) أي فصار كقليل التراب في الخنطة والشعر فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر اه فتح (قوله فقل باطل عند أبي حنيفة) أي كما لو جمع بين حرو عبد اه (قوله انه أن يرد على بائعه) قال الكمال يعني له أن يخاصم الأول ويفعل ما يجب معه إلى أن يرد عليه وفيه في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأول لم يذكره في الجامع وإنما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الأول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لأن المشتري الأول لم يصير مكذبا فيما أقربه ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقربه فبقى اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد اه فتح

والاستيلاء لا يمنع من الرجوع بالنقصان وإن أكل بعض الطعام فكذا الجواب عنه وليس له أن يرد الباقي ولأن يرجع بنقصانه لانه كشي واحد فلا يرد به دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له أن يرد الباقي لأن الطعام كالشيء الواحد فيتعيب بالتبعض وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبيع أولى وعندهما يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لأن التبعض لا يضره وإن باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لأن المزال عن ملكه ولا في الباقي لأن استناخ الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال (ولو اشترى بيضا أو قنأ أو جوزا ووجد فاسدا ينتفع به يرجع بنقصان العيب) لأن الكسر عيب حادث إلا اذا رضى به البائع لانه أسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا كسره منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرد له لأن البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا رضى بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقه ما بالرجوع بنقصان العيب على ما ينشأ من قبل فصار كالبائع فربما قطعته ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال (والأكل الثمن) أي ان لم ينتفع به يرجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا وهذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال منقوض فصار محلا للبيع وقيل يرد القشور ويرجع بكل الثمن لأن ماليتها الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فأت محل البيع فكان باطلا وإن كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد مذاقه فلا يرجع عليه بشئ لانه صار به آكل للبعض وينبغي أن يكون على خلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرد ولا يرجع بالنقصان لأن كسره بعد العلم به دليل لرضاه قالوا هذا اذا وجدناه أو باوان كان فيه قليل لبشئ يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة اذا وجد فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لأن ماليتها باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرناه وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جازا البيع استحسانا لانه لا يحلوعن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وإن كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة مال وفصل عنه لانه ينقسم عنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقبل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والأول أصح لما عرف من قواعدهم قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرد على بائعه ولو برضا لا) أي لو اشترى شيئا ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرد على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لأن الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كله لم يبعه وإن كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرد على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرد لتسقين به عند البيع الأول والأصح أنه لا يرد عليه في الكل لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذا ولايه لهما على غيرهما

القدير (قوله لا يرد على بائعه) أي وان ثبت أن العيب كان عند البائع الأول اه ولو ألقى (قوله لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما) أي والبائع الأول نالهما كان المشتري الأول اشترا من المشتري الثاني ولو اشترا من المشتري الأول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرد على الأول فلا خصومة فكذا هذا لو كان على المشتري الأول في الدار شفعة فأسقط الشفع حقه ثم باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الأول اشترى ثيابا ما باع فلا يجوز له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء اه فتح

(قوله وهذا اذا كان الرد) أي بالعيب من المشتري الثاني اه (قوله بعد القبض) أي بعد قبض المشتري الثاني المبيع اه (قوله وان كان قبله فله) أي للمشتري الاول اه (قوله وان كان بالتراضي) أي كالمبايع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول أن يرد مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اه كمال (قوله فرع) قال الاتقاني ثم اعلم أن المشتري اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بائعه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبيع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة رد خيار الشرط أو خيار الرؤية أما اذا قبضه المشتري الثاني ثم (٣٨) رد على المشتري الاول بعيب فعلي وجهين فان قبله بقضاء قاض فله الرد على بائعه

بخلاف القاضى لانه ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرد على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما بينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة والظاهر أنه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرد على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار أو بنكول لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه بينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرد على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو بنكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان القاضى مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آله كما في القتل فانه يمكنه أن يأخذه ويضربه وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعاق لانها يقعان بينهما بكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آله فيه اذ لا يتقدرا أن يتكلم بلسان غيره والقاضى لا يصلح أن يكون آله فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالبائع كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسئلة مفروضة فيما اذا أقر بالعيب وأبى القبول فرد عليه القاضى جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضى فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له أن يرد على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كأنه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضى حيث يكون رادا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان ففسخ أحدهما لا يفسخ الآخر فان عاد قديم ملكه كان له أن يرد مطلقا والفسخ في حق الكافة على ما ينال ولا يقال لو كان القضاء فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكن لا يبي البائع أن يدعى ولما لم يبيعه المولى عند المشتري قبل الفسخ أو بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكان له أن يبيع لانه يقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهي ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ الا ترى أن الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب أن يرضى بقاء ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كله لم يكن متناقضا لان العقد

وان قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد وذلك لانه اذا قبل بغير قضاء القاضى كان ذلك ردا باصطلاحهما وراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف واذا قبله بالقضاء باحد الاشياء الثلاثة بالينة أو بالنكول أو بالاقرار فله أن يرد على البائع الاول لان البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضى فصار كأن البيع الثاني لم يوجد أصلا ولكن البيع الاول قائم لم يفسخ بفسخ الثاني فيملك الخصومة اه (قوله ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى بينة أو باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فثبت بالينة اه هداية وكتب مانعه قال الاتقاني وفي قول زفر اذا جحد العيب فرد عليه بالينة ليس له أن يرد على الاول كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع انه غير اه (قوله وقال محمد لا يرد على بائعه) هكذا ذكر في الجمع أن

هذا قول محمد وكر شارحا الهداية الاكل والقوام الاتقاني أن هذا قول زفر والله أعلم (قوله كان راضيا بحكم السبب) أي فلا فرق اذا بين القضاء والرضاء في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اه فتح (قوله وهذا) أي المذكور في أول المقالة اه (قوله حيث يكون رد على الموكل) هذا اذا كان القضاء بالينة أو بالنكول وان كان الرد بقضاء باقرار الوكيل وكان عيبا يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عنده موكله أو عند بائعه كان له الرد على الموكل وتمايمه في الولو الجى اه (قوله حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين) أي ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر ولم يملكها اليه ثم بيعت دار مجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن

الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة لثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولا ان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه اه فتح (قوله لا يصار اليه حتى يتبين حاله) قال الاتقاني فلاجل هذا يؤمر المشتري باقامة البينة أو يستخلف (٣٩) البائع حتى يظهر وجه الحكم فان

استبان وجه الحكم بان قامت البينة أو حلف البائع فنكل رد المبيع والأجبر المشتري على تقدي الثمن اه (قوله ليتعين حق البائع فيه) قال الاتقاني لان دفع الثمن انما يتعين على المشتري اذا تعين المبيع اه (قوله تعين حق المشتري في المبيع) أي ولم يتعين المبيع لان حق المشتري في التسليم لا في المبيع اه اتقاني (قوله لا احتمال أنه حدث عنده) أي ان أنكر البائع أن العيب كان موجودا عنده اه (قوله فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه) أي على العلم لانهما عين على غير فعله اه أقطع وكتب مانعه قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن المشتري لا يثبت له حق الرد بل العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخاو من أحد الأمرين اما أن يقر البائع بحصولها عند المشتري أو ينكره فان أقر ثبت حق الرد للمشتري وان أنكر يقال للمشتري أثبت أولا أن هذا العيب حصل عندك فان أثبت

اذا جعل كانه لم يكن جعل الفسخ أيضا كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيمكن في هذه الدعوى دور وتنقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي قال رحمه الله (ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بانه) أي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو أجبر وأخذ منه الثمن فربما ثبت المشتري العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن أو لا يتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن أي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته أن يقيم البينة أولا أن العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده أي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرد به بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فاذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما بالثبوت في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف أن يحلف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عندي وذاك بعد اقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده أي عند المشتري لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلفه المشتري فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للمحال ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما بالثبوت العيب في الحالين على ما بينا في البينة واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك لقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة للاثبات ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة أخرى فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسألة الشفعة وهي أن الشفع اذا تقدم الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي يسأل المدعى عليه عن التي يشفع بها فان أقر بأنها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع أم لا فان لم يقر ولم يكن للشفع بينة أنها ملكه استخلف المشتري ما يعلم أنها ملكه فان نكل ثبت أنها ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فان القاضي يسأله هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لانما لخصومة ذكره

بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون البينة حجة وان لم يكن للمشتري بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أبي يوسف ومحمد لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العبد جن عند المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قوله ما لم يذكر قول أبي حنيفة اه (قوله ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه ترك النظر للمشتري بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك في دعوى الاباق هنا اه (قوله ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين) قال الاتقاني رحمه الله ويحلف بالله له سلمته اليه يحكم المبيع وما به هذا العيب اه (قوله فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده) أي ان أنكر قيام العيب قبل البيع اه

(قوله في المتن وان قال شهودي بالشام) أي مثلاً فامهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكاب حكى من قاضي الشام لا يسمع ذلك بل يستخلف البائع ويقضي بدفع الثمن ان حلف اه فتح (قوله استخلف البائع) فيه ابهام اذ لم يذكر على أي شيء يستخلفه على عدم علمه بقيام العيب عند المشتري أو على عدم قيامه عنده أو عليهما والظاهر أنه على الأول لكنه على قولهما اه كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزي رحمه الله (قوله لان في الانتظار) (٤٠) ضرراً بالبائع أي لانه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه اليه اه اتقاني

القدوري ولم يحدث فيه خلافاً قال (وان قال شهودي بالشام دفع ان حلف بائعه) أي اذا قال المشتري شهودي بالشام استخلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضرراً بالبائع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر وعلى المشتري لانه على محتمتي أقام عليه اليانة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال رحمه الله (فان ادعى باقاً لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي اذا ادعى المشتري أن العبد الذي اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة أنه أبق عند نفسه فان أقام اليانة حلف لما ذكرنا أن البائع لم ينتصب خصماً حتى يثبت المشتري أن العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول أبي حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناهما نقلاً وقولهما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه محتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه رد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في باق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الباقي في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاو له في اليمين عند قيامه في إحدى الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعي تسليمه سليماً فيكون مدعي العلم به فيحلف على ما يدعي ألا ترى أن المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلناه وانما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أهى حادثة عند المشتري أم لا وأما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشتري به وأثبتته بطريقة خاصة ان العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهر الحال كما حكاه ما ذكرناه والثاني ما لا يعرفه الا اطباء كوجع الكبد والطحال فعرفته انا أنكر البائع بقول الاطباء فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لا يشاهد عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيب لا يعرفه الا النساء كالرتق والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امرأته واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبي يوسف يرد بقولهن من غير عيب البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بعرفتها الاطباء ولا النساء كالأباق ونحوه فكهما ما ذكرناه قال (والقول في قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية أو عبد بعد القبض فقال البائع كنت بعتهك معه غيره وقال المشتري بعتهك وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض أميناً كان أو ضمينا كالغاصب والمودع

(قوله وان نكل البائع لزم البيع) قال الاتقاني وان نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب لان النكول حجة في المال لانه بدل أو اقرار في ضمان جميعاً فيه اه (قوله لانه حجة فيه) أي في ثبوت العيب اه (قوله وعندهما يحلف) أي وان لم يقيم المشتري بينة اه (قوله لانه يوهم تعلقه بالشرطين) أي فيكون غرض البائع من هذا اليمين عدم وجود العيب في الحالتين جميعاً اه كي فاذنا وجد في حالة كان بازاً لان المعلق بالشرطين انما ينزل عند وجودهما اه (قوله وانما كان التحليف على البتات هنا) قال الاتقاني رحمه الله وان لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذه اليمين تسمى عيب الرد وذلك لانه معنى لو أقربه لزمه ويحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وهو تسليمه صحيحاً فان حلف برئ وان نكل رد عليه بالعيب اه (قوله

وأثبتته بطريقة) أي بينة يقيمها أو بشكول المشتري اه (قوله والعفل) العفل شيء مدور يخرج بالفرج ولا يكون ولان في الابتكار وانما يصيب المرأة بعد ما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بعرفتها الاطباء ولا النساء كالأباق) قال الاتقاني وضع المسئلة في الأباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الا أن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أي لانه أعرف بما قصد ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اه اتقاني

(قوله ولان البائع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته الخ) لا يظهر وجه هذا الدليل الثاني (٤١) اذ لا يصح الا فيما اذا كان الاختلاف

قبل قبض الثمن أما اذا كان بعده انعكس الامر اه (قوله وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) أي كان القول قول المشتري أيضا لما قلنا كما اذا اشترى عبد بن أوجاريتين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض فقال المشتري قبضت أحدهما لا غير وقال البائع قبضتاهما جميعا اه اتفقا (قوله فانه) أي لم يقل أحدان الامام زفر رحمه الله يجوز رد أحدهما قبل القبض ويمنعه بعد القبض وانما اختلفت الرواية عنه في المبسوط أن زفر لا يجوز رد أحدهما لا قبل القبض ولا بعده وعليه مشي في الهداية وهذا الشارح أيضا في أول كلامه اتفقا في مختلف الرواية أن زفر يجوز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشي في المنظومة ومجمع البحرين فحتم لا اشكال لاحتمال أن يكون عنه روايتان والله الموفق (قوله وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخ) نقول اشترت زوجي حمام وأنت تعني ذكرا أو أنثى وعندى زوجان عال وقال تعالى من كل زوجين اثنين اه صحاح (قوله اذا الحبة الواحدة ليست بمنقومة

ولان البائع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الآخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع عينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال (ولو اشترى عبد بن صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) يعني ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو ردهما لان في أخذ أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومو كذا الملك الرقبة وعن أبي يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتأهياها في حقه قلنا تمام الصفقة تتعلق بقبض المبيع وهو اسم لعله فلا يقبل التجزئ في الاتمام ألا ترى أن حبس المبيع لما يتعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى بمقامه فكذا تمام الصفقة لما يتعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزئ في هذا المعنى قال (ولو قبضتاهما ثم وجد بأحدهما عيبا رد المعيب وحده) وقال زفر ليس له أن يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة وينتضر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فأشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ونسأله تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعد ما يتدأ في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتماجه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليس فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف أنه لا يفرق قبل القبض اذا وجد بأحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخف ومصرعي الباب ليس له أن يرد أحدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثوب فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال (ولو وجد بعض الكيل أو الوزني عيبا رده كله أو أخذه) يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشئ واحد حكما وتقديرا وان كان أشياء حقيقة لان المالية والنقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذا الحبة الواحدة ليست بمنقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكرو ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه رؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالثوب الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد بعضه عيبا بخلاف العبدان على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد أو وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدان حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال (ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوبا خيرا) يعني لو استحق بعض المكيل أو الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خيرا في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتماجه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث ثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض وأما اذا استحق بعض المكيل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة على المشتري قبل التمام قال (واللبس والركوب والمداد ورضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره

(٦ - زبلي بابع) حتى لا يجوز بيعها) أدنى القيمة التي يشترط لجواز البيع فليس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه قنية

(قوله في المتن أو لشراء العلف) (٤٣) واللام يدل عن المضاف اليه أي لشراء علفها أما الركوب لشراء علف غير هذا لا يكون

المالك فيه فإن الاختيار هناك شرع للاختبار والبس والركوب مرة يحتاج إليه للاختبار فلو جعل اختياراً للاجازة لكانت فائدة اختيار الشرط وأما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وإنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز عن الوصول إلى الجزء الفائت فإذا تصرف فيه تصرفاً لا يحل بلامالك جعل ممسكاً لوجود دليل الأمسك والرضا قال (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أي لا يكون الركوب لسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لأنه محتاج إليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا إلا إذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تأويله إذا لم يكن له يد من الركوب بأن كان العلف في عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لأنه سبب الرد وغيره يكون رضا إلا عن ضرورة قال (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) معناه لو اشتري عبداً قد سرق ولم يعلم به فاقطع عند المشتري له أن يردّه ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يس له أن يردّه لحدوث العيب عنده وهو القاطع غاية الأمر أنه قطع بسبب كان عنده لكن القاطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشتري جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه يرجع بالنقصان فكذلك هذا لأن الموجود في يد البائع سبب القاطع وأنه لا ينافي المالية فينفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق بأن يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان وجب في يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة لأن وجوبه لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحاً ولو مات في يد المشتري بتمقر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولا يبي حنيفة رجه الله أن سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق فصار كما إذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن أبي حنيفة رجه الله أنه لو اشتري جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافاً قلنا إن منع ولت سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم إذا غالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القاطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لأن اليد من الأذى نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لأنها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البائع ألا ترى أنها تحسم ولا تنقطع في الرد الشديداً ولا في الحر الشديداً توقيفاً عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وإن سري إلى النفس بخلاف ما إذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع لأن النفس صارت مستحقة في يد البائع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري أن يسلك العبد يرجع بنصف الثمن لأن القاطع بسبب كان عند البائع كالاتحاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الأخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القاطع خفف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لأنه كالاتحاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يردّه بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع ربع الثمن لأن اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البائع وإن رضي البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع لأنه فات بسبب كان في يد المشتري ولا يرجع به على أحد ولو تداوله الأيدي فقطع عند الأخير أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الأخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القاطع أو القتل بسبب كان في يد البائع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي إلى الأول وعندهما عيب فيرجع من لم يقوئ الرد بالبيع وهو الأخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لأنه قوئ الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرته الخلاف تطهر في هذا وفيما إذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل أو القاطع فإنه لا يبطل

رضاه (قوله في المتن واسترد الثمن) أي وإن شاء أمسكه ورجع بنقصان الثمن كما سيأتي في الشرح وكان ذكره هنا أولى اه (قوله معناه لو اشتري عبداً قد سرق ولم يعلم به) هذا يستقيم على قولهما لما أنه عندهما يجري مجرى العيب فإذا كان عالماً لا يرجع على البائع بشئ وقد قيل أنه في قول أبي حنيفة كذلك لأن كونه مباح الدم أو كونه مستحق القاطع عيب لا محالة لكنه أجرى مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع وقال نضر الإسلام في شرح الجامع الصغير والصحيح أن العلم والجهل سواء لأنه من قبل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع اه (قوله كما لو اشتري جارية حبلى) أي وقد دلس البائع الحمل اه غاية (قوله فيرجع بنقصانه) وهو ما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق هكذا في أصل محمد ابن الحسن وصرح العتابي أنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القاطع وتعليقه مبسوط في الغاية اه (قوله بأن يقوم سارقاً) أي واجب القاطع وغير واجبه فيرجع بما بينهما اه فرشتا ومصنف (قوله فصار كما إذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية

(الخ) فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب اه (قوله ولئن سلم الخ) أنها وفاقة في الرجوع بالنقصان فقط اه حقه

(قوله فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المايه به) قال في النخبة لان الاعتاق فوات ملك المشتري فلا يتصور انتقاضه بالقتل والقطع اه

باب البيع الفاسد

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه الا لازم وغيره الا لازم شرع في بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا اذا تاوصفة قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره جلة ما يفسد به البيع أن يكون المبيع مجهولا أو ثمنه أو يكون محرما أو ثمنه أو يكون في المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه أو أن يشترط فيه شرط اقية منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون في المبيع عرض أو في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك يبيع ما ليس عند الانسان أو يبيع ما يقبضه البائع وكذلك أن يبيع ديناً في ذمة غير المشتري أو يشتري به من غير من هو في ذمته وكذلك صفقتان في صفقة (٤٣) وشرطين في بيع وكذلك بيع الاوصاف

والانباع مسن الحيوان وما لا يتبع من غير الحيوان الا بضرر وان تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جازيعة ولا يجوز أن يبيع بثمن ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والمراد من الجهالة في المبيع أو الثمن جهالة مفضية الى المنازعة المفضية الى التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يتنع التسليم حيث يصح العقد بجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة وأما كون المبيع أو ثمنه محرما فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجيء بيان ذلك وأما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمرهون والمستاجر وقد اختلفت الروايات في ذلك قال في موضع فاسد

حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضاه وبما اذا اعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المايه به وعندهما يرجع بالنقصان على ما ينما من قبل ولا يقال ينتقض قول أبي حنيفة بما اذا اشتري عبد امرىضا ومات عنده وما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به وما اذا زنى عند البائع ثم باعه وجلد عند المشتري فوات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عندهم مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لا نأقول المريض والمقطوع عند البائع ما تزايدت الا لام وتزاد فيها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع وزنا العبد بوجوب الجلد والقتل غيره فلا يؤخذ البائع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال (ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكيل ولا يرد عيب) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا أن بعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن البراءة من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في البراءة معنى التملك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتعليك المجهول لا يصح كبيعته ونحن نقول هذه الجهالة لا تنفذي الى المنازعة وقد تمنع الصحة وكان ابن أبي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يرد المشتري وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الدوانيقي مناظرة فقال له أبو حنيفة ألا ترى أنه لو باع جارية في موضع المأوى منها عيب أو غلاما في ذكره عيباً كان يجب على البائع أن يرى المشتري ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى أخفه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد بما ساق حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لا خلاف له قبل البائع وقت البيع لملكها وليبرته بل هذا بيان لانحداد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيба وهو يعلم وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالأبراءة عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند أبي يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب فلو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجد وقت العقد بالبراءة

باب البيع الفاسد

وقال في موضع موقوف فن أحسبنا من جعل في المسئلة روايتين ومنهم من قال بأن البيع موقوف وقوله فاسد معناه لاحكم له فكان فاسدا في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الايضاح تفسيرا لشرائط المتفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كشرائط المتفعة للبائع كما اذا قال على أن أهب لك وأقرض لك وكأشراطها للمشتري نحو أن قال اشتريت على أن تقرضني وكأشراطها للمعقود عليه كما اذا قال على أن تعتقه أو تدبره وكأشراطها للانسان آخر نحو ان قال أن تقرض فلانا والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط أما اذا كان شرطاً يقتضيه العقد لا يفسد به العقد كأشراط حبس المبيع ومن جلة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدى الروايتين وبيع الطير الذي طار من يده وكذلك بيع الآبق وكذلك اذا عكس الغرض في المبيع أو الثمن كببيع السمك في الماء فان كان أخذه فالتقام في الماء فهو بيع الغرر لجزءه عن التسليم وان كان لم يأخذه فهو بيع ما ليس بعمولة وكذا يبيع ما ليس عند الانسان لقوله عليه الصلاة والسلام لا بيع ما ليس عندك وكذا يبيع ما لم يقبضه البائع لو رددته عن ذلك وكذلك يبيع الدين من غير من هو عليه لانه

عاجز عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكرا ولا يئنه عليه لأن البائع عاجز عن التسليم وكذلك الصفقتان في صفقة نخوان قال أبيعك هذا على أن تبيعني هذا الآية هي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعين في بيع وصورته أن يقول بعتك هذا بقبضين حنطة أو قبضين شعيرا وهذا بيعان في بيع واحد وكذلك هو رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع كما إذا قال إن أعطيتني الثمن حالا فكذا وإن كان مؤجلا فكذا وكذلك بيع الاوصاف من الحيوان كبيع الآية من الشاة الحية لأنها حرام قبل الذبح وإيجاب الذبح على البائع ضرره وكذا بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع انتهى عن بيع الحبله وحبل الحبله وفي اللبن غرر فيجتمعا انتفاخ وكذا بيع ما لا يتبع من غير الحيوان إلا بضرر كبيع ذراع من ثوب لأن الضرر متيق شرعا وإن لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قبض من صبرة وكبيع عشرة دراهم وشراهما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجيئ بيانه ثم اعلم أن مصنف القدر يرى رجحه الله لقب الباب بالفساد وان ابتداء بالبيع الباطل بقوله كالببيع بالميتة والدم لأن الفساد أعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جيعا والفساد مضمحل الوصف دون الأصل كالجوهر إذا تغير واصغر يقال فسد وإذا لم يبق صالحا الشيء يقال بطل قاله الاتقاني رجحه الله قال الكمال رجحه الله ثم وجه تقديم الصحيح على الفساد أنه الموصول إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين التي شرعت لها العقود ليندفع التغالب والوصول إلى الحاجة الدنيوية وكل منهما بالعمدة وأما الفساد فقد يخالف للدين ثم إن أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه (٤٤) إذ لم يقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن إذ لكل منهما الفسخ

بل يجب عليه ثم لفظ الفساد في قوله باب البيع الفساد وفي قوله إذا كان العوضان أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الأعم من الفساد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفساد أعم من الباطل لأن الفساد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه إذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير قال رجحه الله (لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والجروا والولد والمدير والمكاتب) لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الأشياء باطل لما ذكرنا قال (فلو هلك عند المشتري لم يضمن) لأن العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقبل يضمن لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقبل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما والأصل فيه أن بيع ما ليس بمال عند أحد كالجروا والدم والميتة التي ماتت حنف أنفها والمدير وأم الولد والمكاتب باطل وإن كان ما لا عند البعض كالخنزير والميتة التي لم تمت حنف أنفها مثل الموقودة فإن هذه الأشياء مال عند أهل النعمة فإن بيعت بدين في النعمة فهو باطل وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لأنها غير متقومة لما أن الشرع أمر بها تهافتا وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بأن يشتريها بدين في النعمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير

غير مشروع بوصفه وهذا يفتى أنه يقال حقيقة على الباطل لكن التي يقتضيه كلام الفقه والأصول مقصودة أنه ببيانه فإنهم قالوا إن حكم الفساد أفاد ما للملك بطريقه والباطل لا يفيد أصلا فقايلوه به وأعطوه حكما يبين حكمه وهو دليل تباينهما بتباينهما أو إضافته مأخوذ في مفهومه أو لازم أنه مشروع بأصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فينهما تباين فإن المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادقان اللهم إلا أن يكون لفظ الفساد مشتركا بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا وصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولهذا وجه بعضهم الأعمية بأنه يقال اللحم إذا صار بحيث لا ينفع به للدود والسوس بطل اللحم وإذا أتن وهو بحيث ينفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخله بعضهم أيضا في البيع الفساد لشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاوره اه (قوله في المتن لم يجز بيع الميتة الخ) قال الاتقاني فأما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الجرو وذلك لعدم حقيقة البيع لأنها مبادلة المال بالمال على التراضي وهذه الأشياء ليست بمال عند أحد من له دين مما سوى فيبطل البيع ولا يفيد الملك بخلاف البيع بالخنزير فإنه فاسد لا باطل ويفسد الملك إذا اتصل به القبض باذن البائع صريحا أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهاه البائع وهذا لأن الجرو والخنزير مال متقوم عند أهل النعمة ولكن الشرع أسقط التقويم بدليل حل الاتلاف بلا ضمان فمن حيث أنه مال صلح غنا ومن حيث أنه ليس بمتقوم لم يصلح غنا فكان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفساد لم يكتب المحشي (قوله حتى يملك) أي فلو كان المشتري بها عبدا فعتقه المشتري فخذعتفه

(قوله بأن كانت ديناً في النعمة) أي الحر إذا أصبح الاقهار لا يثبت في النعمة (٤٥) اه (قوله وتسبب الحرية انعقاد الخ) كما

حواص على ما ورد على أصلنا
من أن التعليقات ليست
بأسباب في الحال فقال لما
كان ما بعد الموت زمان
بطلان الأهلية انعقاد التدبير
سبباً في الحال اه (قوله
ونخرج من يد المولى) أي
وجواز البيع يقف على اليد
بدليل الاتق والمغصوب
اه (قوله صح في الاظهر)
احترازاً عن رواية النوادر
اه ق (قوله لانهم يدخلون
في العقد) أي بخلاف الحر
فانه لا يدخل أصلاً في بطل
البيع فيه وفيما ضم اليه
اه (قوله على أنه باطل في
حق نفسه) أي حتى
لا يفيد الملك بعد القبض كما
تفيد سائر البياعات الفاسدة
الملك بعد القبض اه اتقاني
(قوله وقال عليه قيمتهما)
وهو رواية عنه اه هداية
(قوله بل يثبت حكم البيع
فيما ضم اليهما) يعني لو
اشترى انسان مال نفسه
لا يجوز ولو ضممه مع عبد
البائع صفقة واحدة فان
عبد يدخل في شرائه لثبت
الملك في حق عبد البائع
وهذا معنى قوله اثبت حكم
البيع فيما ضم اليهما كمال
المشتري اه (قوله ليس
باحرار له) سيأتي في المقالة
الآتية ما يحالفه نقلاً عن
النهاية اه (قوله فان اجتمع
الملك في الخطيرة بنفسه

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهاتة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت ديناً في
الذمة كان فاسداً لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه اعزازه لاله لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو
المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار فاسداً في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجاز
الميتة كالحرف فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالحرف ونحوها وجعله
اليزدوي كالميتة لانه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدير والمكاتب من الباطل لان
استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولها وصيب الحرية انعقد في حق المدير
المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعدموته والمكاتب استحق يد على نفسه ونخرج من يد المولى ولو ثبت
فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر وتنسخ الكتابة اقتضاء لانها تقبله
بخلاف المدير وأم الولد وقال في الايضاح اذا كان أحد البدين مديراً أو مكاتباً أو أم ولد ملك بالقبض لان
الملك قائم بالحمل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابلها فانه عقد وهذا هو
الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يطل البيع فيما ضم اليه واحدهمهم وبيع معه ولو كان كالحرف
باطل ويؤول ما ذكره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لاني حق ما يقابلها ولو مات المدير أو أم الولد
في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بوجه البيع وهما مال
حقيقة ولهذا اعلمت ما ضم اليه ما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد
نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل
ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل
لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى
ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدير دون أم الولد كما في الغصب
والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا
يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والسمك قبل الصيد) أي لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما
روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه
السلام قال لا تشروا السمك في الماء فانه غرر رواه أحمد ولا نه باع ما لم يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين
فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم التفت في الخطيرة فان
كانت الخطيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك
ينبغي أن يكون على الرايتين اللتين في بيع الاتق بناء على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن
أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم ولا
يعتبر رؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجة وكذا لو دخل السمك الخطيرة باختياره بأن
سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه
باختياره صار أخذه وملكه بمنزلة ما لو ألقاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحرار له فصار كطير
دخل البيت فأغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الخطيرة للاصطياد فان هياها له ملكه
بالاجاع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الخطيرة بنفسه من غير ضعه ولم يسد
عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بغير حيلة أو لا لانه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لانه غير
مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكرعده بطير منه
في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز

الخ) قال الاتقاني أما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطع الخروج كما اذا أفرغ الصيد
في أرض من غير أن يتخذ له مكاناً فاذا اتخذ له مكاناً كان ملكاً لصاحب الأرض اه

(قوله في المتن والحمل والتناج) قاله الاتفاق في رحمه الله عند قوله في الهداية ولا يبيع الحمل والتناج وإنما بطل ههنا النوع من البيع لعني الغرر لانه لا يدري هل تنجح تلك الناقة أم لا تنجح ان بقيت فربما هلك قبل أن تنجح وتلد اه (قوله فيضطام المبيع بغير المبيع) أي بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز وكذا (٤٦) اذا باع دقيقا في هذه الخنطة أو زيتا في هذا الزيتون أو دهنًا في السمسم

أو عصيرا في العنب أو سمنا في اللبن ونحو ذلك اه اتفاقا (قوله فيؤدي الى النزاع) أي فلا يجوز البيع لادائه الى قلب الموضوع لان وضع الاسباب لقطع المنازعات فإذا أنقض البيع الى ذلك لزم ما قلنا اه اتفاقا (قوله في المتن واللؤلؤ في الصدف) أي ولو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اه فأضيفنا في فتاواه في البيع الفاسد (قوله لانه بمنزلة وصف الحيوان) أي لانه تبع للحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا بإرادة العقد عليه اه اتفاقا (قوله بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها) أي وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره اه اتفاقا (قوله وإنما أجز في الكراث) أي وان كان ينمو من أسفل اه اتفاقا (قوله في المتن والجذع في السقف) قال في الهداية ولو لم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا قال الاتفاق

وبعد يجوز ان كان في يده أو محبوسا في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان لم يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو أخذه وسلمه ينبغي أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر في الآتي ولو اجتمع في أرضه الصدف باعه من غير أخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو باض فيها بيضا أو تنكس الصيد أو تنكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا غسل فيه الثمل حيث يملكه لان الغسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب في الغسل العشر اذا كان في أرض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهيئ أرضه لذلك فان هياها له بأن حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيدا وتعلق به ملكه لان التهيئة أحد أسباب الملك ألا ترى أنه لو حط طستًا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه وكذا لو بسط ذيله عند النار ليقع فيه الشيء المنشور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يملك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكره في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان والافلا فرق بينهما قال (والحمل والتناج) فالحمل ما كان في البطن والتناج ما يحمله هذا الحمل انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع جبل الحيلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وجبل الحيلة أن تنجح الناقة ما في بطنها ثم تجبل التي تجت رواه أبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها إلا بكيل وعن شراء العبد وهو آتق وعن شراء المغنم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القاتل رواه أحمد وابن ماجه والترمذي ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بينا والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا والحيلة هو الحمل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالاثنية فيه لان معناه أن يبيع ما سيجمله الجنين ان كان أنتى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فتم اهم عنه عليه السلام قال (واللبن في الضرع) لما روينا ولما روى أنه عليه السلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصفوف على ظهروا لبن في ضرع وسمي في لبن رواه الدارقطني ولانه يدر ساعة فساعة فيجثط المبيع بغير المبيع ولا تهم يختلفون في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل أن يكون انتقاخا من الریح وليس فيه لبن قال (واللؤلؤ في الصدف) لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يضر ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غسلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها ببعض أيضا قال (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولانه يزيد من أسفل فيجثط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها ويعرف ذلك بالخصاب وبخلاف القصيل لانه يقطع والصوف يقطع فبنتازعان في موضعه وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف أطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتقاخ بها الا بعد الذبح فصار مالبة اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تأثير له كافي الكراث وقوائم الخلاف والحجة عليه ما رويناه وما بيناه من المعنى والتعليل بمقابله النص مردود وإنما أجز في الكراث وقوائم الخلاف التعامل اذا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال (والجذع في السقف وذراع من ثوب) لانه

يعني هذا الذي ذكرناه من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا أما اذا لم يكن لا يمكنه الجذع متعينا فلا يجوز البيع للعنيين أحدهما ما ذكرنا في الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرناه والمعنى الثاني الجهالة لانه غير متعين اه

(قوله ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر) قال نحر الاسلام البرزوي في شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه مرضى لان ذلك لا يلزم فله ان يرجع عن ذلك فيبطل البيع الا ان يقطعه اتفاقا فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال في شرح الطحاوي ولو باع جذعا من سقف أو آجر من حائط أو ذراعا من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لاجل المضرة اه اتقاني (قوله ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا) أي ويجبر المشتري على الاخذ اه اتقاني (قوله وبخلاف ما اذا باع بذرا في بطيخ ونحوه) قال في الفتاوى الوالوية رجل باع النواة في التمر فالبائع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبائع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر في نزع اه اتقاني (قوله وان شقه الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والزر وسلم لا يعود صحيحا لاحتمال وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والزر بفتح الباء والكسر فيه لغة بذرا بالقل وغيره اه (قوله في ثوب يضره القطع كله باللبس) قال الاتقاني كالسراويل والقميص والعمامة أما اذا كان كرباسا لا تتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتاني اه (قوله في المتن وضربة القانص) بالقاف والنون (٤٧) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص قنصا

يقص قنصا اذا صاد وروى في تهذيب الازهرى عن ضربة القانص بالغين المججمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد في الماء أو غوص الرجل في البحر لاجل الأول اه عيني وكتب على قوله وضربة القانص مانصه قال الكمال وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل القبض فكان غررا وجهالة ما يخرج اه (قوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة) أي وهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد اه ق (قوله وبجملته وهو النهى عن الغرر) أي لانه

لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فممكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بضمامة أو ما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعض لا يضره ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية لما يئنه في أطراف الحيوان وتطير ما لو باع خرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع زرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساد لا احتمال لعدم فلا يعود صحيحا بخلاف الجيوب في أغلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا سمي به فيقال هذا باقلى وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا زر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كله باللبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد في الماء لروينا فيه مفصلا وبجملته وهو النهى عن الغرر ولا نه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال (والمزانية) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجدد ومثل كيلة خرصا الحديث أنس أنه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمحاضرة والمناذرة والملازمة والمزانية ورواه البخاري والمزانية ما ذكرناه والمحاقلة بيع الخنطة في سنبلها بخنطة مثل كيلها خرصا والمحاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهي ولا باع مكبلا بكيلى من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كالوكا موضوعين على الارض وكذا بيع الغنم بالغنم خرصا لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع المزانية ببيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد آذن لهم رواء البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع الغنم بالزبيب وعن كل غنم بخرصه ولنا ما رويناه وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمثل يدا بيد فن زادوا واستزاد فقد أربى الاخذ والمعطى فيه سواء رواء البخاري وأجد وأمثاله من النصوص

يحتمل أن يحصل شيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولانه بيع ما ليس بملكه الانسان لانه ما كان مالكا وقت العقد لا يحصل من الضربة وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وهذا الوجه مما سمع به خاطر الاتقاني كذا قال رحمه الله (قوله ولا نه مجهول القدر) أي وجهالة المبيع تفسد البيع اه اتقاني وكتب على قوله مجهول القدر أي لانه لا يدري ما الذي يحصل من الضربة اه ق (قوله في المتن والمزانية) قال في الفائق المزانية بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر لانهم اتؤدى الى النزاع والمدافعة من الزين وهو الدفع اه (قوله وهو بيع الثمر على رأس النخل الخ) قال الاتقاني والاول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثاني بالتثنية كذا وقع سماعا مرارا بفرغانة وبخاري وذلك لان ما على النخيل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف قفلنا بالثلاث حتى يعمها جميعا والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرا قفلا بالاثنتين ولوروي بالثلاث فيهما جميعا أو بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزانية لا يجوز كيفما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اه (قوله خرصا) ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء وقال في المصباح خرصت النخل خرصا من باب قتل حذرت غمره والاسم الخرص بالكسر اه (قوله وقال الشافعي يجوز) أي وهو مذهب أحمد واسحق اه اتقاني (قوله الا أصحاب العرايا) وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق اه هداية

الشارح مقتصرة اه (قوله في المتن وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع أي وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد إذا كانت تنفضي إلى المنازعة وهذه تنفضي إليها لأن البائع لا يدري ما يسلم والمشتري لا يدري ما يتسلم فتتبع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فإنها لا تنفع من التسليم والتسلم ولو قال بيت أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء بعشرة فقبل جارا استحسنانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رجما الله وقد مضى بيان المسئلة مستوفى في أوخر خيار الشرط اه اتقاني (قوله وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز) أي لانه إذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة في الثاني بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة وإذا لم يشترط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد الثوبين إلا والبائع أن يعين الآخر فإذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت لجهالة فلم تؤثر اه أقطع (قوله وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته) أي

لا تخصي كلها مشهورة وتلقاها الأمة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البديلين فلا يجوز أن يباع جزا فولا إذا كان أحدهما متأخرا كما لو كان أكثر من خمسة أو سق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كالتفاضل بين اثنين أو كالتفاضل بين اثنين في الأرض ومعنى العرايا قمار واما العطايا وتفسيره أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره ثم المجذوذ بالحرص بدله وهو جاز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بالتعامل ملكه بملكه وهو جاز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة وسمى ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض عما أعطاه أو لفكائه اتفق في الواقعة خمسة أو سق أو دونه قطن الراوي أن الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسر أهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للشاهير ويحتمل أن الراوي ظن أنه بيع قال (والملازمة والقاء الحجر) وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فإذا المسها المشتري أو يئذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصة لزم البيع فالاول بيع الملازمة والثاني بيع المناذقة والثالث القاء الحجر وقد نهي عليه السلام عنهما بخاروينا وعن أبي سعيد أنه عليه السلام نهي عن الملازمة والمناذقة في البيع والملازمة لمن الرجل ثوب الاخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقبله والمناذقة أن يئبذ الرجل بثوبه ويئبذ الاخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراص رواه البخاري ومسلم وأحمد ولان فيه تعليق التملك بالخطر فيكون قارافصار في المعنى كأنه قال للمشتري أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعته وفي المغرب بيع الملازمة والملابس أن يقول لصاحبه إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المتن عن أبي حنيفة هي أن يقول بعثك هذا المتاع بكذا فإذا المستك فقد وجب البيع أو يقول المشتري كذلك والمناذقة أن يقول إذا نبذته إليك أو يقول المشتري إذا نبذته إلي فقد وجب البيع والقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع إذا ألقيت الحجر وجب البيع وفي سنن أبي داود والملازمة أن يمس بيده ولا ينشره ولا يقبله قال (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا إذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز في ثلاثة وحكمه إذا قبضهما قال (والمراعى واجارته) أي لا يجوز بيع المراعى ولا اجارته والمراد به الكلا دون رقبة الأرض لان بيع الأرض واجارته جاز إذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس بمملوك له إذا لا يملكه ببيانه في أرضه مالم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار رواه أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه ومنه حرام وهو محمول على ما إذا لم يحرزه وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلا رواه ابن ماجه ومعناه أن لهم الاستفاد بشرط الماء وسقي الدواب والاستفاد من الآبار والحياض والأنهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول في أرضه وإذا طلب أحد الماء يلزمه أحد أمرين إما أن يخله يخل فإخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار تطير ما لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذلكهم الاحشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في أرضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فإذا كان مباحا فلا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في أرضه لعدم الملك فيه ولا نه استهلاك العين والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة أولى وأجيزت في الظن والصبيغ لكونها آلة للعمل يباعها وضمنناكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيطة فيه أن يسهل أجرة الأرض لا يقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما هذا إذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الأرض بان سقاها أو وحدق حولها أو هيأها للأنبات ملكه وجاز

لانه مباح يشترط فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الا حراز اه اتقاني (قوله لا تجوز في استهلاك العين المملوكة) أي بيعه بان استاجر بقرعة لشرب لبنها اه هداية

(قوله وقيل لا يملكه) فائدة القدوري اه (قوله فلا تنقطع بدون الحياة) أي وسوق الماء إلى أرضه ليس بجيابة والاكثر على الأول الآن على هذا القائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك بناءها ويكون بتكلفه الحفر والطين لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلب بتكلفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي وإن لم يكن في أرض مملوكة اه كمال (قوله وقال محمد والشافعي يجوز بيعه إذا كان محررا) أي لأنه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه بقي وقال صاحب الجمع يجوز بيع التحمل تبع الكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز بيع التحمل عند أبي حنيفة فإن كان في كواراته غسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز اه عني (قوله حتى لو باعه مع الكوارة صم) الكوارات معسل التحمل إذا سوى من طين وهي تضم الكاف والتشديد كذا رأيت في أساس البلاغة بتصحيح المطرزي وروى بالتخفيف أيضا في التهذيب وروى أيضا كوار وكوارة بالكسر والتخفيف فهما اه اتقاني (قوله وذكر الكرخي أنه لا يجوز بيعه مع العسل) وقال الكرخي أيضا وأجمعوا أن بيع هوام الأرض لا يجوز للحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجمل والضب وهوام الأرض كلها وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من (٤٩) الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك

الا لسمك وقال في الاجناس قال محمد بن الحسن إذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان لا يجوز وإنما يجوز إذا كان البيض منهما وهو بينهما نصفان وأما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز وقال الولابي في فتاواه امرأة أعطت بذرا القز وهو بذرا الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لأنه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها وعلى هذا إذا دفع البقر إلى إنسان بالعلف

بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاسرار لأن الشركة بآية بالص فلا تنقطع بدون الحياة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطبا كان أو يابس بخلاف الاشجار لأن الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها إذا نبتت في أرضه لأنه يملكها بالنبات فيها والكلا كالكلا ولذا لهم أن ينتفعوا بضوء النار والاصطلام بها ولا يقاد من لهيبها بدون رضا صاحبها وليس لهم أن يأخذوا من الجرشيا الأرض صاحبها قال (والنخل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه إذا كان محررا لأنه حيوان منتفع به وإن كان لا يؤكل كالحمار ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الأرض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعابه والشيء إنما يصير مالا لكونه منتفعابه حتى لو باعه مع الكوارة صم نفعها ذكره الكرخي في شرحه وذكر الكرخي أنه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشيء إنما يدخل في العقد تبعه غيره إذا كان من حقوقه كل شرب والطريق قال (وباع دود القز بيضاء) أي يجوز بيعها وهذا عند محمد وعنده أبي حنيفة لا يجوز بيعها وأبو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضاء وقيل فيه أيضا معه لابي حنيفة أن الدود من الهوام وبيضاء لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضاء ولمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضاء في المال فصار كالخس والمهر ولأن الناس قد تعاموا به فست الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد ما ذكرنا قال (والآبق) أي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما روي أنه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكمان الظاهر من حاله عوده إلى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه ممن زعم أنه عنده جاز لأن النهي ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون أبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري إذا هو في يده فلا يتناوله النص المطلق إذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده ما كان أشهد عند الأخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع لأن قبضه مضمون على المشتري ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع

(٧ - زيل في رابع) ليكون الحادث بينهما بالنصف فالخات كنه حديثه البقر وله على صاحب البقر علف وأجر المثل وكذا إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اه اتقاني (قوله وأبو يوسف معه في الدود) أي إذا أظهر فيه القز فيجوز بيعه تبع القز اه (قوله وقيل فيه أيضا معه) قال في الهداية وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده اه (قوله والفتوى على قول محمد ما ذكرنا) أي للتعامل اه (قوله في المتن والآبق) قال الاتقاني وصورة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد رجل آبق فجاء رجل إلى مولاه فقال إن عبدك قد أخذه وهو عندي في البيت فبعنيه فباعه منه قال البيه جاز وإن قال أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه مني فصداقه الرجل بما قال فباعه المولى منه فبيعه باطل إلى هنا لفظ أصل الجامع اه (قوله بخلاف العبد المرسل في حاجته) قال في الدراية وأما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه كذا في المحيط اه (قوله فلا يتناوله النص المطلق) أي لأن النص المطلق لا يتناول المقيد ولأن النص معلول بعلة العجز عن التسليم فإذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب للفساد اه اتقاني (قوله إن كان أشهد عند الأخذ أنه يأخذه ليرده) أي حتى إذا هلك في يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لأنه أمانة عند المشتري وقبض الأمانة لكونه أدنى حال لا ينوب عن قبض المبيع اه اتقاني

(قوله ولولم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما) أي لانه حينئذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينبوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان اه اتقاني (قوله اذ لا يقدر على تسليمه) أي لان البائع لا يقدر على أن يسلم ما ليس في يده اه اتقاني (قوله لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا) قال الكمال رحمه الله ولوعاد من اباؤه وقد باعه عن ليس عنده هل يعود البائع جازا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خيرا ففصلت قبل التسليم أو باع طيرا في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ نيل والثجبي لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والمالك في الأبق ولذا صح عتقه فكان كبيع (٥٠) المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي لبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من

المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد أن فسخ القاضي البيع أو تخصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في انه باطل أو فاسد فانك علمت أن ارتفاع الفساد في الفساد يرد صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع البطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والمالك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا يبطل اه وكتب مانصه قال الولوالجي في

مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة لنا كدقبض الضمان بالزوم والمالك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان أضعف فلا ينوب عن الأقوى ولولم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على أن الاشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في القطعة ولو باعه عن قال هو عند فلان لم يجز لانه أبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن أبي حنيفة أنه يعود صحيحا لان المالية فيه قائمة فكان محللا لبيع فينعتق غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا آب قبل الفسخ عاد صحيحا زال المانع فيجوز ان على التسليم والتسلم فصار كالو أبق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخي وجماعة من أصحابنا رجعهم الله وبالأول كان يقتضى أبو عبد الله الثجبي وجماعة من مشايخنا رجعهم الله ولوا عتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولوعلم حياته في وقت العتق أجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال (الآن يبيعه عن يزعم أنه عنده) أي الا ببق اذا باعه عن يدعي أنه عنده جاز وقد ذكرناه قال (ولبن امرأة) يعني لا يجوز بيعه ومراة اذا كان في وعاء وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان أو من أمة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر كسائر المائعات الطاهرة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جرثها ولهما أنه جزء لا دمي بدليل أنه ثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو يجمع أجزائه مكرم مصون عن الابتدال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكى فتحمض بمحل القوة التي هي ضده وهو الحلي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء الشهوة وبقاء النسل فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولان لبن الامة في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل أيضا قال (وشعر الخنزير وينتفع به للخرز) أي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخر وهذا لان جواز بيعه يشترط باعزازه في غير الأدمى ونجاسته

فتاواه ولو باع الا ببق ثم سلمه في المجلس قبل الاقتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلا اه اتقاني رحمه الله تشعر (قوله في اللبن لبن امرأة) قال الفقيه أبو البيث في شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصر بن يحيى سمعت الحسن بن سيبويه يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبن الامة لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس بمال وذ كفي اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جنيا أو صبيانا فانه لا يجوز لان اللبن ليس له قيمة اه اتقاني (قوله حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أي شره والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدية وبعضهم أجاز ما اذا عرف دواء اه فتح (قوله لانه نجس العين) أي فلا يكون مالا يبيع ما ليس بمال لا يجوز وعلى ذلك انعقد الاجماع اه اتقاني

(قوله لان الضرورة تبيح له) قال تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم (قوله فالشعر أولى) أي عند الضرورة لان الشعر أخف منه
 دليل أن شعر الميتة طاهر ولجهالاه اتقاني (قوله لانه يوجد بمباح الاصل) أي غالباً اه اتقاني (قوله ولا بأس بالاسا كفة أن يصلوا الخ)
 قال الكمال وما ذكره في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول
 بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدر على الامتناع عنه ويتجمع
 في ثيابهم هذا المقدار اه (قوله لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته) أي والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز
 فيكون بالنسبة اليه فقط اه كمال رحمه الله (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها) محمد بن يعقوب
 عن أبي حنيفة في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها وعقبها وصوفها وبرها وقرنها قال (٥١) لا بأس بالانتفاع بذلك كله ويبيعه إلى

هنا لفظ أصل الجامع الصغير
 اه اتقاني (قوله ولان نجاسته
 من الرطوبات المتصلة) فان
 قيل نجاستها أي جلود الميتة
 ليس إلا بما يجاورها من
 الرطوبات النجسة فهي
 متنجسة فكان ينبغي أن
 يجوز بيعها كالشوب النجس
 أجيب بأن النجس منها
 باعتبار أصل الخلقة فإما
 بزاياله (٢) فهي كعين الجلد
 فعلى هذا يكون الجلد نجس
 العين بخلاف الشوب
 والدهن النجس فان النجاسة
 فيه عارضة فلا يتغير حكم
 الشوب بها فيمضي هذا السؤال
 ليس في تقرير المصنف ما ورد
 عليه أولاً لاحتاج إلى
 الجواب عنه فانه ما علل المنع
 بالعدم الانتفاع به وانما ورد
 على من علل النجاسة ولا ينبغي
 أن يعمل بها بطلان بيع
 أصلاً فان بطلان البيع
 دائر مع حرمة الانتفاع
 وهي عدم المبالغة فان بيع
 السرقين جائز وهو نجس

تسحبهم وانما جاز الانتفاع به للاسا كفة لان خرز النعال والاختلاف لا يتأتى إلا به فكان فيه
 ضرورة وعن أبي يوسف أنه يكره لان الخرز يتأتى بغيره والاول هو الطاهر لان الضرورة تبيح له فالشعر
 أولى ثم لا حاجة إلى شرائه لانه يوجد بمباح الاصل وقال النقيع أبو الليثان كانت الاسا كفة لا يجدون شعر
 الخنزير الا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه
 للبائع ولا بأس للاسا كفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل
 أفسده عند أبي يوسف لان اطلاق الضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على
 الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته والله أعلم قال (وشعر الانسان) يعني
 لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان آدمي مكرم فلا يجوز أن يكون جزؤه مهتماً وقال عليه
 السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما العنالا انتفاع به لما فيه من اهنة المكرم وعن محمد رحمه الله
 انه أجاز الانتفاع بشعر الادمي استدلالاً بما روى أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه
 فكانوا يتبركون به ولو كان نجساً لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين
 شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك بمنه أن يعود إلى مثل في المستقبل قلنا حرمة الانتفاع
 به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بما ورد خص فيما يتخذ
 من الوبر فيزاد على قرون التسامود واثبت قال (وجلد الميتة قبل الدبغ) يعني لا يجوز بيعه لما روى
 أنه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها قبيحاً وأما بواود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات
 المتصلة به بأصل الخلقة فصار كحكم الميتة بخلاف الشوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست
 بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال (وبعد دبغ وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
 وبرها) يعني بعد دبغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة إلى آخره لانه طاهر بالدبغ والعظم ونحوه
 طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة بخار بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد
 الذكاة بجلود الميتة بعد دبغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة لا بجلد
 الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال (وعلو سقط) أي لا يجوز بيع علو
 بعد ما سقط لان الحق النعلى لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء
 لا يمكن احرازه وقبضه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب

العين للانتفاع به لما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد دبغ لحل الانتفاع بها شرعاً والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعاً على خلاف قول مالك
 رحمه الله اه كمال (قوله لطهارتها) أي لطهارتها بالذكاة قدم الشارح في الاسا رآنا الصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة فراجع اه (قوله لانه
 حق النعلى) وقد صرح الاتقاني والزبلي على ما سأتى بأن حق النعلى لا يجوز بيعه في جميع الروايات اه (قوله بخلاف الشرب) هذا جواب
 عن سؤال مقدر تقديره ان الشرب حق الارض فينبغي أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اه وكسب مائنه ثم جواز بيع الشرب مع الارض
 اتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع الارض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال في الفتاوى
 الصغرى والصحيح انه لا يجوز اه غاية قال الكمال أما اذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفرداً كبيع
 الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته اه

(قوله ومقصودا) أي ببيع مفردا عن الأرض اه (قوله في رواية) أي في غير ظاهر الرواية اه غايه (قوله وهو اختيار مشايخ نيل) أي كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك للتعامل كما يجوز السلم للضرورة والاستنصاع للتعامل اه كمال قال الاتقاني مشايخ نيل كأي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبة المشتري لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك اه (قوله حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته) أي وكذا اذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن اه غايه وكتب مائنه قال الكمال وأما ضمانه بالاتلاف فهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البرزدي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أنلفه ولا يضمن قبل الجمع وحيث ثقل الزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم الخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان أشهد به لا خر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتفاق الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما انه حظ من الماء وهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد عليه انه لو كان عينا ينبغي أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه بما يجوز (٥٣) للضرورة وهو عرضية وجوده كالسلم والاستنصاع ثم تقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه

منع مشايخ بخاري ببيع مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجاعا كالاستنصاع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق حاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس اه (قوله لاختلافهما في ثمن الأرض) أي لان بعض الثمن يقابل الشرب اه (قوله وهو اختيار مشايخ بخاري للجهالة) أي لا لانه ليس بمال بخلاف

حيث يصح بيعه تبعاً باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ نيل لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته وكذا الحصص من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشر بها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الأرض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخاري للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتل وجهين أحدهما بيع رقبه الطريق والمسيل والثاني بيع حق المرور وحق تسيل المساقان كان المراد به الاول فالفرق بينهما أن رقبه الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه وأما رقبه المسيل فمجهول لان مقداره ما يشغله الماء من الأرض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا الوباغ رقبه النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزأ شاعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيات لا يجوز وفي رواية ابن مسماعة يجوز والفرق بينهما وبين التسيل على رواية ابن مسماعة أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما ينشأ من التسيل فتعلق بمجهول لانه متعلق برقبه المسيل وهو مجهول على ما ينشأ ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن مسماعة أن حق المرور متعلق برقبه الأرض ورقبه الأرض مال وهو عين فتعلق به كانه حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال (وأمة تين أنه عبد وكذا عكسه) أي لو اشترى أو باع شخصاً على أنه أمة فتبين أنه عبد أو على أنه عبد فتبين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رجه الله لانه اختلاف الوصف اذا ذكره والا فلو وصف في الحيوان وهو يوجب

بيعه مع الأرض لانه سقط اعتبار الجهالة تبعاً للأرض قاله الاتقاني (قوله والثاني بيع حق المرور) أي الذي هو الطريق اه فتح الخيار (قوله فان كان المراد به الاول الخ) قال الكمال فان كان المراد الاول وهو بيع رقبه الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسيل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولاً وعرضاً معلوماً فان يسه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جازاً أيضاً وهو المراد بالمسيلة هنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة أما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء من هنا عرف أن المراد بالمسيلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسيل أما لو بين حداً ما يسيل فيه الماء أو باع الأرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسيل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اه (قوله فالفرق بينهما) أي حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اه اتقاني (قوله في رواية الزيات لا يجوز) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذه الرواية هي الصحيحة لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالاتفراد لا يجوز اه غايه (قوله أما التسيل) أي فان كان على السطح فهو تطبيق حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على رقبه الأرض فلا يجوز أيضاً للجهالة قدر ما يشغله الماء اه غايه (قوله في المتن وأمة تين أنه عبد وكذا عكسه) قال الكمال اذا اشترى هذه الجارية بالف فظهرت غلاماً فبيع باطل لعدم المبيع وهذه أمثاله تبتني على الأصل الذي تقدم في المهر أنه اذا اجتمع تسمية وإشارة الى شيء كاذباً من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية اه (قوله والا فلو وصف في الحيوان) أي فلا يتبدل بهامعنى الذات اه غايه

(قوله فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار) أى كل زراعة والتجارة والحراثة اه فح (قوله ومن غيره) أى من غير بنى آدم اه
(قوله اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه) أى ويطلق العقد لا تعدام المسمى اه (قوله لان الاشارة لتعريف الذات) أى الحاضرة
والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تخصى معروفة عند العقل بأشياءها تلك الذات وغيرها اه كال
(قوله فكأن الاشارة) أى فاذا علم ذلك كانت الاشارة اه (قوله ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس الخ) قال الاتقانى فى
الغاية قال بعضهم فى شرحه فى هذا الموضع اختلفوا فى هذا البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخى
وقال كذا ذكر فى الجامع الصغير لقاضى خان أقول هذا الاختلاف عجيب ونقل عن الكرخى (٥٣) عجيب أما الأول فلان محمد رجه الله

قال فى مسئلة الجامع الصغير
فلا بيع بينهما فيه كون
تنصصا على البطلان لان
مثل هـ هذا النقي يدل على
الباطل لا الفاسد فكيف
يصح بعدهما قولهما اختلفوا
فى أنه باطل أو فاسد وأما
الثانى فلان الكرخى صرح
فى مختصره بأن اختلاف
الصفة اذا أوجب اختلاف
فاحشا كان ذلك بمنزلة
الاختلاف فى الجنس ثم فى
اختلاف الجنس اذا باع
فصاعلى اه ياقوت فكان
زجاجا أو باع هذا الثوب
على أنه خز فاذا هو مرعى
قال فالبيع باطل اه
والعجب من هذا التعجب
لان قوله فلا بيع بينهما
يحمل نقي الصحيح ويحمل
النقي مطلقا وقول الاتقانى
ان هذا تنصيص على
البطالان ممنوع وتعليقه
مصادرة فجعل البيع فاسدا
له وجه على تقدير الاحتمال
الاخر وان كان مرجوحا

الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشاً مثلاً فاذا هو نجيحة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له
الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه
الاستحسان أن الذكر والاتي من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاوت المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكس والاستقراش والاستيلاد
فصارت جنسا آخر غير الذكور ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل
والركوب ونحو ذلك فالذكر والاتي من الحيوان يصلحان لذلك فكأن جنسا واحدا واختلاف الجنس
يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن النحل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد أصلهما ثم فى مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة لان
الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الخات عينا ولا يشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية
وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ما هو أبلغ فيه
فكانت الاشارة أولى بالاعتبار فى معنى الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه
فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف
المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس يتابع له فلا يمكن أن يجعل
أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الا عرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الأصل فى العقود كلها كالأجارة
والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعقود على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس
يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا فى السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو
اختيار الكرخى لانه باع المسمى وأشار الى غيره فصارك أنه باع شيأ بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة
مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان
المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه سماه ولم
يشتر الى شيء وان لم يمكن ضبطه يجب مهور المثل كأنه لم يسم شيأ لانه لا يصلح أن يثبت فى النمة قال (وشراء
ماباع بالاقبل قبل النقد) ومعناه أنه لو باع شيأ وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشترى باقل من الثمن
الأول لا يجوز وقال الشافعى رحمه الله يجوز وهو القياس لان المثل فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأى قدر
كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد
ولنا ما روى عن أبى اسحق السيبى عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضى الله عنها فدخلت معها أم ولد
زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين انى بيعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وانى ابتعته منه بستمانمائة

على وجه التسليم وأما تصريح الكرخى بأنه مثل مختلفي الجنس فهو مثله فى الاختلاف من حيث عدم الصحة لاني أن كل واحد منهما
باطل ويكون الوقوف على كلام الكرخى بأنه فاسد قرينة هذا الجمل بوقفاين كلاميه ولا يظن بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد فى كلام
الكرخى غاية عدم وقوف الاتقانى على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الاقصر اى رجه الله قوله قال بعضهم هو صاحب
النهاية اه (قوله أبى اسحق السيبى) اسمه عمرو بن عبد الله يروى عن زيد بن أرقم اه (قوله أم ولد زيد بن أرقم) قال الاتقانى زيد بن
أرقم بن قيس بن نعمان بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الانصارى من مشاهير الصحابة وفى كنيته اختلاف قيل أبو عمرو وقيل أبو عامر
وقيل أبو أنيسة وقيل أبو أنيس وتوفى بالكوفة سنة ثمان وستين وهذا الذى أخذ الراجحة يوم موته حين استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكره
ابن شاهين فى كتابه المعجم اه (قوله ابتعته) أى بعته وكذا هو فى الهداية اه

(قوله فقالت لها عائشة بثمن ما شريت وبثمن ما شري) ما معنى ذم البيع الاول وهو جائز اجماعا انما منه لكونه سببا لبيع المحذور كالسفر لقطع الطريق محذور وان كان السفر في نفسه مباحا اه اتقاني باختصار (قوله ولان الثمن لم يدخل الخ) قال الاتقاني ولانه يلزم منه ربح ما لم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم القبض فاذا اشترى بالاقل لم يربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن باسناد ما الى عبد الله بن عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل ساف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فان قلت يحتمل أن عائشة رضي الله عنها انما أغلظت القول هكذا لان البيع كان الى العطاء وهو أجل مجهول لالان فيه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عائشة جواز البيع الى أجل مجهول وهو مذهب علي وابن أبي ليلى وجاعة كذا قال القاضي أبو زيد في الاسرار اه (قوله لا يحل ساف) صورة النهي عن بيع وسلف أن يكون البيع بشرط منفعة القرض (٥٤) أو الهبة والصدقة وما أشبه ذلك وصورة الشرطين في بيع أن يبيع عبده بألف درهم الى

سنة أو بألف وخسمائة الى سنتين ولم يبين العقد على أحدهما كذا في شرح الطحاوي اه (قوله ولو اشترى من لا تجوز شهادته) قال السكال ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان تكا لو اشترى اخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الاخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما الاخر اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد) قال الكرخي في مختصره ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة ولا مدير للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذون له في التجارة في قولهم جبهه فان اشترى والد البائع أو ولد أو ولد

نقد افقالت لها عائشة بثمن ما شريت وبثمن ما شري ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا أن يتوب رواء الدار طنى فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأى فدل على أنها قالت سمعا ولا يقال قدر وروى أنها قالت اني بعته الى العطاء فلعلمها أنكرت عليها ذلك لانا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطاء ولان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا يبيع به بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشترى بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعدما دخل المبيع في ضمانه ولو اشترى من لا تجوز شهادته له كوله هو والده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله أن يشترى هؤلاء كسراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما يبيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لم يباع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا يبيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما شراؤه لنفسه فلا أن الوكيل بالبيع باع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجهه والثابت من وجهه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات وأما لغيره فلا أن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجهه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقيم مقام البائع في هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياته مورثه فكان كالأجنبي في ذلك وأما وارث المشتري فقام مقام المشتري في هذا البيع لان ولاية البيع لهم من أحكام ملك المورث فإنه ما كان يملك البيع حال حياته مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذه العين بحكم الارث صار

ولد علا أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعوه فان وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الاول فاشترى فاشترى جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الاخر وقال محمد لا أمر بشراء فاسد الى هنا لفظ الكرخي وجه قول محمد انه أمر بمالوا بشراء بنفسه يكون فاسدا ووجه قول أبي يوسف العقد له زيادة فسادا دليل ابطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولا بي حنيفة أن الموكل في المعنى مشتري من الوكيل فاصدا كما اذا اشترى من غيره اه اتقاني رحمه الله (قوله وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ) قال في شرح الطحاوي اذا مات المشتري فاشترى البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ألا ترى أنه لو وجد عبدا كان له أن يخاصم البائع في الرد ولو لم يمت المشتري ولكن مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري والفرق بينهما أن وارث المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع لانهم ورثوه منه واما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي يثبت في ذمته لم يكتب المحشي

(قوله ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز) أي ولو عاد الى ملك المشتري الاول بملك مستأنف جاز لبائعه شراءه منه بأقل ما كان باعه له أولا اه مبتنى وكتب مانصه قال الاتقاني ويجوز اذا اشتراه من غيره الامن وارثه لان يتبدل العاقد بتبدل العين حكما فأما وارثه فبمزيلته فإنه خلفه فصار شبهة والشبهة في باب الحرمات ملحقمة بالحقيقة اه (قوله جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري) أي فلا يتحقق الرجح اه اتقاني وكتب مانصه سواء كان ذلك النقصان (٥٥) بقدر ذلك العيب أو دونه اه فتح

(قوله لأن تغير السعر غير معتبر) أي لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس منه فوات بخزمن العين اه كال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال رحمه الله وجه الاستحسان أنهم ما جنس واحد من حيث كونهما غنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا بوجوب التفاضل بينهما احتياطا والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر اجاع اه (قوله حتى لا يجري ربا الفضل بينهما) قال الاتقاني وجه الاستحسان أنهم ما من حيث الثنية كالشيء الواحد فتثبت شبهة الرجح اه (قوله في المتن وصح فيما ضم اليه) وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اه كال (قوله الى المشتري) بفتح الراء اه فتح (قوله جاز البيع

بيع الوارث وبيع المورث سواء وكلا لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لأنه لو باعه المشتري من رجل أو وهبه لرجل أو وصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هو لها صدقة ولنا هدية وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب في يد المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الاول جاز لان المانع رجح مالم يضمن وانما يظهر الرجح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الرجح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني أقل لان الرجح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهم ما جنس حتى لا يجري ربا الفضل بينهما ولنا أنهم ما جنس من صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا يصح فغلبننا الحزم على المبيع لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلا ن باع عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه لانه شراهما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قال بعناكه نصيب فلان بخمسمائة ثم قال بعناكه نصيب فلان بخمسمائة ثم اشتري أحدهما كله بخمسمائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الآخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشتريا معا في هذه الصور صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثن الثمن لانه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما ثمنه فاشتا معا صح شراء كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفاشا ثمنه نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الآخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلانه باع وأما الموكل فلانه بيع له قال (وصح فيما ضم اليه) أي صح البيع فيما ضم الى المشتري بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها وأخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البائع ويفسد في الاخرى لانه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فها لكونه مجتمدا فيه حتى لو قضى

في التي لم يشترها) أي بخصتها اه اتقاني (قوله فيكون مشتريا للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد) أي ولا اشكال هنا على قوله ما وانما الاشكال على قول أبي حنيفة لان مذهبه أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا وحله أن يقال ان الفساد فيما بيعت أولا ضعيف لانه اختلف العلماء في فسادها فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبها كما اذا اشترى عبدين أحدهما مبدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع في القرن بخصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بخصتها من الثمن اه اتقاني

(قوله أولاه باعتبار شبهة الربا) أي سلامة الفضل للبائع الأول من غير عوض ولا ضمان يقابلها احتياط الأمر الربا فلم يسر إلى المضمومة لقصور سبب الفساد اه اتقاني (قوله ولانه) أي ليس بمقارن لانه ليس في صلب العقد بل هو الخ اه غايه (قوله طائي) أي لانهم لم يذكروا في البيع ما يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الربا وهي أمر خفي ظهر ذلك بعد العقد اما بانقسام الثمن على قيمتهما أو بالمقاصة أعني مقاصة الثمن في البيع الثاني بمقدار ذلك من الثمن في البيع الأول فيبقى من الثمن الأول فضل من غير أن يقابله عوض فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الأول فيكون مشترى ما باع بأقل منه والفساد الطارئ لا يسرى كمن باع عبد من صفقة واحدة وبين عن كل واحد منهما ثم ألحقا الأجل إلى وقت الحصاد في عن أحدهما فساد البيع فيه ولا يتعدى إلى الآخر فكذا فيما نحن فيه اه اتقاني (قوله في الثمن وزيت) قال الاتقاني هذه من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف (٥٦) رطل على أن يتره بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا

فاسد فان قال على أن يطرح عن وزن الظرف فهو جائز وذلك أن المبيع في الصورة الأولى مجهول وجهاته تفسد البيع لان وزن الظرف يحتمل أن يكون أقل من خمسين أو أكثر فان كان أقل منه يخرج بعض الزيت من أن يكون مبيعا وذلك مجهول وان كان أكثر منه يلزم الجلالة أيضا لان القدر الزائد على الخمسين من الظرف ليس يبيع فان كان كذلك كأن طرح الخمسين بوزن كل ظرف شرطا لا يقتضيه العقد فأفسده بخلاف الصورة الثانية حيث جاز العقد لان طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد لان الظرف ليس بجميع فيخرج بوزنه وهو الشرط

القاضي بجوازه صح أولاه باعتبار شبهة الربا ولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو بالمقاصة فلا يسرى إلى غيرها قال (وزيت على أن يتره بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصرح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف) أي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يتره بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا ويجوز أن شرط أن يطرح بوزن الظرف لان الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فإذا طرح خمسين مثلاً يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل الا إذا عرف أن وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال (وان اختلفا في الرق فالقول للمشتري) لانه المنكر يسهل ان له واشترى سمنا في رق فرد المشتري الرق وهو عشرة أرطال فقال البائع الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لانه ان اعتبر اختلفا في الرق فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلفا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن يثبت تبعا لاختلافهما في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه أملا فكذا فيما يثبت تبعا له اذا تبع لا يتحالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الرق ليس في معناه فلا يلحق به قال (ولو أمرت بقبضه أخر أو يبعها صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا وكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله كسمل وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له يتنقل اليه فصار كأنه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري ألا ترى أنه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاهد ولا يبي حنيفة رحمه الله أن الوكيل أصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخنزير والخنزير

بالارث

(قوله ويطرح

عنه) أي يطرح البائع عن المشتري اه اتقاني (قوله يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل) أي فيكون المبيع مجهولا وجهاته تفسد البيع اه (قوله في الثمن وان اختلفا في الرق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الرق كل رطل بدرهم فوزنه السمن والرقي فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والرقي هذا وزنه أرطال لم يكتب المحشي وكتب مائه ومسألة الاختلاف في الرق ذكرها الشارح في الدعوى فراجع الحاشية التي في خيار الرؤية عند قوله وللمشتري لو في الرؤية فانه تليق بهذا المحل وهي نقلا عن الكمال اه (قوله فقال البائع الرق غير هذا وهو كان خمسة أرطال) أي فالقول للمشتري مع عينه اه (قوله وقال لا يجوز) أي ومالك والشافعي وأحمد اه (قوله ولا يبي حنيفة ان الوكيل أصل الخ) ولا يبي حنيفة أن الشراء والبيع وجدان النصراني وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما في الباب أن حكم التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكما لتصرف الوكيل لا قصد لان التوكيل بالشراء والبيع الخ لم يكتب المحشي

(قوله ثم تصدق بثمان الجران باعها الوكيل له الخ) قال الكمال وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فاي فائدة في الصحة اه (قوله منها أن رجلا لوطو كل عن غيره بشراء عبد الخ) وفي الجبازية المريض مرض الموت لو باعه بعبادة غاب في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعدموته وكذا لا يبيع الام عروضا والولد وصيه يبيع العروضا التي هي من ميراثها اه دراية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد (٥٧) الا بقا ويجوز التوكيل ببيع

اه سراج وهاج وقولا ويجوز التوكيل ببيع ولا يبيعه الوكيل الا بشرط اه (قوله كاشتراط التدبير والاسـ تيلاد الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي اذا كان في الشرط منفعة للعقد عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرج به عن ملكه فان هذا الشرط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق على العبد والجارية وكذلك ان اشترط التدبير والاستيلاد أو شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري لو اعتقه لزمه الثمن في قول أبي حنيفة وعند صاحبه يجب عليه القيمة وأجعوا انه لو هلك في يده قبل الاعتاق لزمه القيمة وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز وجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبي حنيفة أن العقد في الابتداء ينعقد على الفساد ثم يقلب الى

بالارث بان كان الذي فاسم فبات قبل أن يسبب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي أن يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبوفه فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما اذا اتهم كافر لمسلم خرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم تصدق بثمان الجران باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم شرائها وكل غنها وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكاما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها أو تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهة حكمه فيلزمه البذل وان كان خنزيرا يبيعه وقوله لما لولاية الموكل في هذا التصرف فكذا وكيه نقوض بمسائل منها ان رجلا لوطو كل عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه ملكه ومنها اذا مات ذي وخلف خرا يأمر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا لذي وليت خرا يأمر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو وأما تكاح المجوسية فلا للمسلم لا يملكها ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته له حكما لتصرفه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم أهل للملكهما والمقصود من السكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال (وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمة على أن يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لثبته عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بمجوازه ولم يجوز التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روي فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملام للعقد كالرهن والكفالة جاز لانها لا توقع والتأ كيد لطالب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤ كده ملام له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين أو شرط فيه ما ورد الشرع بمجوازه كالتحليل والاجل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو بشركتها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الا دعي والاجنب لا يفسد البيع لورود الشرع به أو التعامل أول كونه ملاما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عريضة عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق وأي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة أن يبيعه من يعرف أنه يعتقه كما اذا باعه عن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة أو نذر وقبل تفسيره أن يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري جاز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ويجب عليه الثمن وقال لا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير الفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا

(٨ - زيلعي رابع) الجواز بالعتق وعندهما لا يقلب وعليه القيمة الى هنا لفظ الامام الاسيحابي وقال في التحفة لو اعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وان اعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جازا استحسانا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقلب العقد جازا اذا اعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد وروي عن أبي حنيفة مثل قولهما كذا في التحفة اه (قوله ولو اعتقه المشتري جاز البيع) يعني لو باع عبدا بشرط أن يعتقه المشتري لا يجوز ولو اعتقه المشتري يقلب البيع جازا عند أبي حنيفة اه

(قوله في المتن أو الاجلها) قال الاتفاق والاصل هنا ما قال في شرح الطحاوي انه اذا استثنى من العقود عليه ما يجوز افراد العقد عليه جاز البيع في المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز عليه العقد مفرد بطل البيع في المستثنى منه بيانه انه اذا قال بعت منك هذه الصبرة الاقفي زامنهم فالباع جاز في جميع الصبرة الاقفي زامنهم فانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز ومثله لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الاشاع منها بغير عينها بمائة درهم فالباع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجوز ولو قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بمائة فالباع جاز لانه استثنى ما يجوز افراد العقد وكذلك الحكم في جميع العدي المتقارب والعدي غير المتقارب ولذا لو باع حيوانا واستثنى ما في بطنها لا يجوز البيع لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه لان بيع ما في البطن لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وانما لم يجوز افراد العقد على ما في البطن لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الحبل وقدم اه (قوله لانه بمنزلة الاطراف) أي لانه متصل بالام جلة ألا ترى أنه يتغذى بغذائهم وينقلب بانقلابها كسائر الاطراف فكان تبعاف الخول تحت (٥٨) العقد كالاطراف اه اتفاق (قوله والاستثناء كالبيع والاجارة) أي

أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلازم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه بلائحه لانه منه للملك والشئ بانه ينفذ بتقرر فلو وجود صورة الشرط قلنا يفسد فإذا تحقق العتق حكما بجوازه لتحقيق الملازمة وهو الانتهاء فكان الحال قبله موقفا بخلاف الاستيلاء والتدبير حيث لا يعود صحهما بهما لانهما ليسا بعينيين للكل وكذا اذا أتلفه بوجه آخر ولو باع جارية بشرط أن يطاها المشتري أو بشرط أن لا يطاها ففسد البيع عند أبي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما لان قضينه اطلاق الانتفاع لا الجرم منه ولا الازام وقال أبو يوسف صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضيه العقد فلا يرجع نفعه الى أحد فكان هذا شرط الامطالبة فلا يؤدي الى النزاع فلا يفسد قال (أو الاجلها) أي لا يجوز بيع أمة الاجلها لان ما لا يصح افرادها بالعقد لا يصح استثناءه منه والحمل لا يجوز افرادها بالبيع فكذا استثناءه لانه بمنزلة الاطراف فكان شرط فاسد او فيه منفعة لا بائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد من الشروط أي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام في هذه العقود ويصير هو حيث صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لانسان الاجلها صح وكذا الوأوصى بحملها لا تخرج لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح قال (أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشتري درهما أو يهدي له أو يسلمه الى كذا

كن آجوداره على جارية الاجلها اه (قوله والكتابة) أي كاتب عبده على جارية الاجلها اه (قوله والرهن) أي رهن جاريته الاجلها اه (قوله ما يمكن في صلب العقد) صلب العقد ما كان راجعا الى البذل والمبدل لان صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيل البيع بالعوضين اه (قوله فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء) أي لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة اه هدايه (قوله حتى لو أوصى بجارية لانسان الاجلها صح) أي وكان الحمل ميراثا والجارية وصية للموصي له اه (قوله بخلاف الخدمة) يعني اذا قال أوصيت بهذه

الجارية لفلان الا خدمتها لا يصح استثناء الخدمة بل يبطل حتى تكون الجارية وخدمتها جعلا للموصي له فان قلت يصح افراد الخدمة بالعقد بان أوصى بخدمته هذه الجارية تصح الوصية فيصح استثناءها أيضا وأجيب بان هذا عكس القاعدة لا طرد لها فلا يلزمنا ولنسلم فالوصية غير عقد اه ألا ترى أن القبول يصح من الموصي له بعد موت الموصي ولو كانت عقد لم يصح لان العقد لا يصح الا بين اثنين وكذلك يدخل الموصي به في ملك ورثة الموصي له فلا قبول اذا مات الموصي ثم مات الموصي له قبل القبول اه غاية وكتب مانعه قال في الهداية بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها لانها منة واما يصح الارث في الاعيان اه (قوله أو يقرض المشتري درهما) قال الولوالجي في فتاواه ولو قال بعتك هذه الدار بالف على أن يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم العشرة الاجنبي لانه لو لم يلزمه انما يلزمه ما بطريق الضمان على المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه الى الاول لان هذه العشرة ليست في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثاني لانه لم يقل على أني ضامن فاذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار البائع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري وهنا قد سلم له ما شرط في

البيع على المشتري اه غايه (قوله أو ثوبا على أن يقطعه) قال الكمال قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا أو قباه فالبيع فاسد باجتماع الأئمة الأربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة في بيع وما تقدم كان كذلا على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اجارة في بيع اه وكتب مانصه وقال في الفتاوى الصغرى اذا قال لا خربع عبدا من فلان على أن الثمن على والعبد لفلان حكى عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص اه غايه (قوله ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط) أي وهو استخدام البائع المبيع وسكنائه فيها اه (قوله ولان الاجل يختص بالديون) هذا تعليل لقوله أو يسلم الى كذا يعني لو باع عينا على أن لا يسلمها ياها الى رأس الشهر فالبيع فاسد اه قال الاتقاني واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينيا كالسلم فيه فان الاجل فيه صحيح اه (قوله حتى يتمكن من التحصيل) أي بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة في الزامه تأخير تسليمه اذا فادته الاستحصال (٥٩) به وهو حاصل فيكون اضرا

بالبائع من غير نفع للمشتري اه كمال (قوله في المتن وصح بيع نعل الخ) قدمشي القدوري على أن البيع فاسد قال صاحب الهداية ماذ كره يعني القدوري جواب القياس اه وكتب مانصه قال الكمال المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله اليه ويمكن أن يراد حقيقة أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالتعمل أي قدرته بمثل قطعه وبديل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى أديما على أن

أو ثوبا على أن يقطعه البائع ويخطه قيصا) لان هذه الشروط لا يقتضيهما العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شيء فهو اجارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل بدون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا له قال (وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان فيه شرط لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه وبمشابهة يترك القياس ولهذا أجزأ الاستصناع واستجار الصباغ والنظر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال (لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك) يعني لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم جاز لان هذه صومهم بالايام وهي معلومة قال (والى فطور الحاج والحصاد والقطاق والدياس) أي لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها متقدمة وتأخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء أفعال العباد فتثبت بحسب ما يريدولهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يستأثرونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزاء لما ذكرنا وهو جزاء الصوف وكذا الى الجزاء وهو بالذال المجبة عام في قطع الثمار وبالمهمة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسر هاء قطع الزرع ومثله القطاف وقرئ بهما في قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس أن يوطئ الطعام الدواب قال (ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لان هذه جهالة يسيرة وهي متعملة في الكفالة لكونها تبرعا فيجبرى التسامح فيها بخلاف البيع فانه مبادلة المال بالمال فيكون مبنا على المما كسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة أمكن دفعها باقصاها بخلاف ما اذا كانت قاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا

يجعل له شرا كافلا بد أن يريد حقيقة النعل اه (قوله ولهذا أجزأ الاستصناع) أي مع انه بيع المعلوم اه فتح (قوله في المتن لا البيع الى النيروز والمهرجان) قال الكمال هو يوم في طرف الربيع وأصله نوروز وعرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتجهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهر كان وقيل هما عيدان للجوس اه (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة) أي عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرف ذلك جاز لا ارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما اه غايه (قوله وهي معلومة) أي وهو خمسة وخمسون يوما اه فتح (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال) أي لجهالة الاجل وعلم بهذا التعليل أن المراد بالموجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع لجهالة الاجل فانه الكمال ثم قال واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين أمالو كان الثمن عينا فيفسد البيع بالاجل للعي الذي ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع اه والدياس وأصله الدواس بالواو ولانه من الدوس قلبت الواو يا على كسرة قبلها اه كمال (قوله المما كسة) المما كسة استقراض الثمن اه فتح (قوله بخلاف ما اذا كانت قاحشة كالكفالة الى هبوب الريح) قال نفر الدين قاضيان في شرح الجامع الصغير ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع

على المساهلة ولهذا صححت الكفالة بالجهول بان قال ما ذاب لك على فلان فعلى الجهالة الاجل فيها اذا كانت يسيرة مستندة لا تمنع عنها الاجل ولو كانت غير مستندة كالكفالة الى هبوب الريح او الى أن تطر السحابة صححت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا اه غايه (قوله لانه في أحد العوضين) وروى (٦٠) علماء الدين العالم في طريقة الخلاف في أول كتاب البيوع أن بيع

من غير أن يقابله شيء وفي النذر تحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين ألا ترى أن الجهالة في الكفالة تحمل في أصل الدين حتى لو تكفل بمذايبه على فلان صح فبالوصف وهو الاجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلا فكذا في وصفه قال (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو باع الى هذا لا آجال ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جازا البيع وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا يتقلب صحه باسقاط المفسد كما اذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة أيام ثم أسقط الاجل ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحه باسقاطه لان فسادا باعتبار أنه أو نقول انعقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله المشايخنا هو الصحيح لان فسادا باعتبار أنه يفرض الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد يتقلب صحه باسقاط المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في أحد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا يتقلب عقدا آخر وقوله ولو أسقط الاجل قبل حلوله أي لو أسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القسودري في مختصره فان تراصيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا يخرج الشرط لان رضامن له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم أجعل الثمن الى هذه الاوقات جازا لانه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميته بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبداه والملك) أما الاول فالمدكور على اطلاقه قول أبي حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والافلا لانه اذا بين ثمنهما صار اصفقتين فيستقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمن لانه يبقى يباع بالخصصة ابتداء وهو لا يجوز وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالخصمة والفساد قبيل وهذا لان الحر والميته لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميته شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل وأما الثاني فهو قول علماءنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لان اتفاقا للخصمة في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرط الصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان يباع بالخصصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحلة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليها جاز لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحه والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى

الدرهم بالدرهمين والقفيز بالقفيزين فاسد مقيد للملك عند اتصال القبض به كالبيع بثمن مجهول والبيع الى أجل مجهول اه غايه (قوله ولو باع مطلقا ثم أجعل الثمن الى هذه الاوقات جاز) قال الكمال بخلاف ما اذا باع مطلقا أي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحه ثم أجعل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة بتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد اه (قوله في الثمن ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميته الخ) قال صاحب الهداية ومتروك التسمية عامدا كالميته اه فان قلت متروك التسمية عامدا مجتهد فيه لا يصحل عند الشافعي فكان ينبغي أن يكون حكمه كالمدبر قلت ذلك منه لم يعتبر اجتهادا لكونه مخالفا لنص كتاب الله وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما يذ كر اسم الله عليه

يجوز

فكان متروك التسمية كالميته اه اتفاقا (قوله وله ان الصفقة متحدة) أي بدليل انه لا يملك

القبض في أحدهما دون الآخر اه غايه (قوله وأما الثاني الخ) يريد الثاني ما اذا جمع بين عبد ومدبر لا ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره فانه لا خلاف لزفر فيه فكان على الشارح أن يفصل لكنه أخذ عبارة الهداية وفيها ما فيها اه (قوله والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع) اعلم أن بيع المدبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب أما اذا قضى

القاضي يجوز بيع المدبر بنقد فضاؤه لان قضاء القاضي يتقذا لم يكن ثمة نص أو إجماع بخلافه أما إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد فهل يتقذا أم لا وهذه المسئلة كانت مختلفا فيها في الصدر الاول وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان علي يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها فإذا قضى القاضي بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف وذلك بناء على أن الإجماع المتأخر هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هذا الإجماع وعندنا ينعقد هذا الإجماع ويرفع الخلاف السابق وقد استدلل صاحب التقوم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيها الصدر الاول لان الخلف بعدهم أجمعوا على أنه لا يجوز ولو بقي قول الماضي معتبرا كآثاره حتى لنقد قضاء القاضي بما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ التقوم وقال في فصول (٦١) الاستروشن وفي القضاء بجواز بيع

أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفي قضاء الجائع أنه يتوقف على امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضي نقذا وان أبطل بطل وهذا الوجه الاقوى بل الى هنا لفظ الفصول اه اتقاني (قوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم) أي عن أبي خنيفة وأصحابه اه فصل لما ذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقبه لان حكم الشيء أثره وأثر الشيء يتبعه وجودا فكذا تبعه ذكره طلبا للناسبة اه غاية (قوله وكل من عوضه مال ملك المبيع الخ) ومعنا لو انما لم يكن فيه خيار شرط لان ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفساد ولا يخفى أن لزوم القيمة عينا انما هو بعد هلاك المبيع في يده أما مع قيامه

يجوز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب يتقذ برضاه في الاصح وفي عبد الغير باجارة مولاه ولو لا أنهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لا جمل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جاع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محررا عن الملك والتملك فصار كالوجع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوازه والاصح أنه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع فريه ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم ألا ترى أنه يضمن بالأتلاف وهذا مشكل فان المسجد كالحجر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جمل استثناء المساجد فيكون كله باعه غير مواضع المساجد والله أعلم

فصل في قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضه مال ملك المبيع بقبضه (معناه انه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر في القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بامر البائع والمراد به انه لا يغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بدله من اذن صريح بعد الاقتراق وقبله في المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده أن يملك المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة الى اثباته هذا اذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالحجر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع ثني الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا

في يده قالوا يجب رده بعينه اه كمال (قوله لانه قبله لا يفيد الملك) أي بالاتفاق اه غاية (قوله والمراد به اذنه) ثم الاذن قد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضه المشتري باذن البائع صريحا بان يأمره بالقبض سواء قبضه بحضوره أو غيبته والثاني كما اذا قبض المشتري عقيب البيع ولم يوجد النهي من البائع فملكه أيضا كما اذا وجد الاذن صريحا استحسانا اه اتقاني (قوله والبيع مع ثني الثمن) في رواية قال الولي الخ في فتاواه اذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد وفي رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه اذا سكنت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظه رحمه الله وقال في الايضاح لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك اذا اتصل به القبض لان مقتضى البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة فاذا سكنت عن الثمن كان عوضه قيمته فيصير كأنه قال بعث بالقيمة وهكذا جميع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعث بغير ثمن لانه لما نفي الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعا وقال في التحفة لو قال بعث منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة

ولو قال بعث منك هذا العبد بقيمة فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض لأنه لم يسم مالا اه
 اتقاني (قوله ملك المبيع بقيمة الخ) ولو زادت قيمته في يده فأنفقه لأنه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اه كال (قوله
 وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثل الخ) قال الكمال ومنها أي ذوات الامثال العدديات المتقاربة ثم قال والقول في القيمة والمثل قول
 المشتري لأنه الضامن فالقول له في القدر والبيئة فيه مئة البائع اه (قوله كما في الغصب) أي وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع
 الفاسد اه اتقاني (قوله لا يحل له وطؤها) عزاه الاتقاني الى شرح الطحاوي ثم قال وذكر شمس الاثمة الحلواني بكرهه لوطه ولا يحرم
 كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم الحل اه (قوله ولو لم يملكه الحل) قال
 الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى دارا فاسدا) أي
 وقبضها اه اتقاني (قوله وكذا لو اشترى جارية) أي فقبضها اه اتقاني (قوله وانما لم يحل له التصرفات من الوطء والاكل) قال
 الاتقاني نقلا عن الفقيه أبي الليث (٦٣) وانما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على

وقوله ملك المبيع بقيمة يعني قيمته يوم القبض لأنه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أنفقه
 لأنه به يتقرر عليه إذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعديل
 لكونه مثالا بصورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهـ ذاعلى قول مشايخ بلخ وقال
 مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال
 محمد رحمه الله وانما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال أيضا من اشترى دارا فاسدا فلا شفعة
 الشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب
 عليه العقر اذ ارفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها الحل ولم يجب العقر له اذ فتنه ملكه كالأمة
 الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر اذ ارجع الواهب فيها وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له
 الربح ولو ملكها الطاب وكذا لا يحل لها كل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه الحل وجه القول الاول وهو
 الاصح أن الاب أو وصيه لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم
 يملكه لم ينفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا فاسدا
 فبيعت بجنبها دارا أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها
 على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب وانما لم يحل له التصرفات من الوطء
 والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء
 القاضي بالشفعة تأكيده الفساد ونقريه وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه
 اذا اشترى يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تملكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد
 العين ولا يتصرف وان قبضه لأنه محظور لكونه منهي عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه
 ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يباح له اذ لا يباح له والملازمة شرط بين الاثر
 والمؤثر ولان النهي نسخ للمشرعية للتضاد بين كونه مشروعاً وبين كونه منهي عنه لان النهي يقتضي
 قبحه والمشرعية تقتضي حسنه وبينهما تنافي فكان باطلا لا ترى أنه لا يقبضه قبل القبض وبه تزداد

المعصية فاشتغاله بالوطء
 اعراض عن الرد فلهذا
 المعنى لم يجز وطؤها لانه
 الملك وانما لم تجب فيها
 الشفعة لان حق البائع لم
 ينقطع عنها اه (قوله
 والنهي يقتضي التحريم
 والملك نعمة الخ) قال
 الكمال رحمه الله قوله نعمة
 الملك لا تنال بالمحظور قلنا
 ممنوع بل ما وضعه الشرع
 سببا بحكم اذا نهى عنه
 على وضع خاص ففعل مع
 ذلك الوضع رأينا من الشرع
 أنه أثبت حكمه وانما أصله
 الطلاق وضعه لازالة
 العصمة ونهى عنه بوضع
 خاص وهو ما اذا كانت المرأة
 حائضا ثم رأينا أنه أثبت حكم
 طلاق الحائض فزال به
 العصمة حتى أمر ابن عمر

بالمراجعة دفعا للعصمة بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهى عن مباشرة
 على الوجه الاقل في اذابو شرعه ثبت حكمه ويقضى به اه (قوله ولان النهي نسخ للمشرعية) يعني بقيد انتفاءها مع الوصف فنقول
 ما ترى بانتفاء المشرعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد
 حكمه مع الوصف المقنض للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حيث نصد مصادرة حيث جعلت محل
 النزاع جزءا للكل لا يقال فلا فائدة للنهي حيث نصد لان فائدته التحريم والتأثير وهو موضع للنهي فانه للتحريم أو لكرهه التحريم اذا كان
 ظي الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بان لم يكن مالا بان عقد على التجرأ والميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا
 فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والبطل باعتبار اختلاف حكمهما تميزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيد فاسدا
 أخذنا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد واختارنا في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته اه وكتب مانصه
 والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشرعية ولهذا أي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعاً عاين قبله كما في

البيع الصحيح اه كمال (قوله فصار كالبيعة) أي البيع بالخبر والخبر كبيع بالميتة أو بالدم أو ببيع الخبر بالدرهم اه اتفاقاً (قوله ولنا أن ركن البيع صدر من أهلها الخ) ولنا أن عائشة رضي الله عنها اشترت بيرة وشرطت ألا يملأوها وقبضتها فاعتقها فأجازها النبي صلى الله عليه وسلم وأمضى البيع فلم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها ولأن البيع بالخبر والخبر بمنعقد لوجود الركن من الأهل مضافاً إلى المحل أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال وأما الأهل فلأن العاقد حر عاقل بالغ وأما المحل فلأن المبيع والثلث مال من وجه لئلا يلبس الناس إلى الخبر والخبر غير أنه ليس بمنعقد لاهاته الشرع فلما كان الثلث مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقداً واشترط القبض لإثبات الملك لأن السبب وجد ضعيفاً فصار كالهبية وانما النهي ورد لا معنى في عين المبيع بل لمعنى في غيره مجاور ولم يكتب المحشى (قوله وفيه الكلام) أي الكلام مقروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان اه كمال (قوله والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا) قال الكمال رحمه الله فاما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور النهي عنه والالتماس للشيء فائدة فليس بذلك لأن كونه يقتضي تصور (٦٣) النهي عنه يعني إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد

لأنه إذا فعل هذا التصور يقع غير مشروع وإن أرادوا تصوراً شرعياً أي ما دوننا فيه شرعاً ممنوعاً فإن قالوا يريد تصور مشروعاً باصلاً لأمع هذا الوصف الذي هو مثير للنهي قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع ومعه المشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً إذ سلم أنه مشروع بأصله أعني مالم يقرب بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً وحينئذ

الحرمة والفساد فاني ثبت له الملك فيه فصار كالبيعة وبيع الخبر بالدرهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهلها مضافاً إلى محله فوجب القول باعتقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الأفعال الحسية لأن النهي يقتضي التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للإنسان لا تتطرق لعدم التصور منه فإذا كان من شروطه التصور فتصور الأفعال الشرعية بالشرع فإذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي إذ حقيقة النهي تصرف في المكلف بالمنع مع قيام النهي عنه وهو المحل على حاله فاقضى وجوده ووجوبه بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهي والأفعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة إلى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فإنه تصرف في المحل بإزالته من غير تعرض للمكلف فكان في طرفي نقض فلا يمكن جعل أحدهما على الآخر وتحقيق هذا أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشراتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقاء سببها عندنا كما إذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عندنا أن الجمعية فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عند الأذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول النهي فيما لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفاً فكان النهي فيما لمعنى في غيره ألا ترى أنه لولا الشرط لجاز العقد غاية الأمر أن الوصف أقوى اتصالاً من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعاً بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة في انعقاده فاسداً لا يفيد الملك إلا بالقبض وهذا لانه لو أوجب الملك قبله لثبت بلا عوض إذا لم يوجب الفساد وضمان القيمة لا يوجب إلا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولأن ثبوت الملك به قبل القبض يؤدى إلى تقرير الفساد من

فقوله فتنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي أو ما فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت بالبيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج إلى ما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا وأما قوله انما المحظور ما يجاوره كافي بالبيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين النهي عنه كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن والافالتهى للجوار يفيد الكراهة لا الخطر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الخطر ألا أني أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخبر والخبر ليسا أعمالاً في شريعتنا فان الشارع أهانها بكل وجه حتى لعن حاملها ومتمصرها مع أنها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ ذنبية أن يصير خراباً وبائناً لها وكل غناها هي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدنيون فقد أمرنا باعتبار بيعهم أياها وبيعهم بها فإذا كان أحد العوضين خراباً أو مختزيراً في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البذل إلا أن خروان كان غنائنا وان كان في بيعهم فصحيح والله أعلم اه (قوله وظهر أثر القوة) أي أثر قوة الاتصال اه (قوله لا يفيد الملك إلا بالقبض) صفة للسكره قبله وهو فاسد اه

(قوله لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض) أى فيكون الفسخ قبل القبض امتناعا من الحكم اه اتقانى (قوله بأن كان راجعا الى أحد البديلين) اذ صلة الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع هو بالعوضين اه (قوله فكذلك يتقربا أحدهما بالفسخ) أى بمحضرة صاحبه عندهما وعند أى يوسف يفسخ بمحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر اه اتقانى (قوله وان كان الفساد) أى غير قوى بان كان ذلك الخ اه اتقانى (قوله فى المتن الآن يبيع المشتري أو يهب الخ) قال القدورى فى مختصره فان باع المقبوض باذن البائع المشتري شراء فاسدا نفذ وليس للبائع الاول الاسترداد قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره فان أخرجه ببيع أو تعليق منه اياه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه وجملة القول فيه ما قاله فى شرح الطحاوى بقوله ولو تصرف فيه المشتري ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجود صح تصرفه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البائع وليس للبائع ابطالا وعلى المشتري القيمة أو المثل ان كان مثليا ويطيب ذلك الملك الثانى لانه ملك بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا يحل له ولا يطيّب لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما اذا دخل دار الحرب (٤٦٤) بأمان فأخذ مال حربى بغير طيب نفسه فأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيّب

له ويقتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيّب أيضا للمشتري كما لا يطيّب الاول بخلاف البيع الفاسد اولو كان المبيع عبدا فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتديره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحد الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة وليس للبائع ابطاله ولكنه اذا أدى الكتابة عتق وتفسر على المشتري ضمان القيمة فان عجز ورديقا يتظر ان كان العجز قبل أن يقضى بالقيمة على المشتري برد العبد على

حيث ان كلامهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض بتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافى اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميسة ليست بمال فى حق أحد فان عدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ممتنا وهى لا تجب بالعقد فلو انعقد لو جبت قيمتها لم تعذر تسليمها والقيمة لا تصلح ممتنا وانما تكون ممتنا اذا لا عهد لنا فى الشرع أن تكون القيمة مبيعا فى صورة من البياعات قال رحمه الله (ولكل منهما فسخه) يعنى على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعلها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل واحد منهما سبيلا من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى ملب العقد بأن كان راجعا الى أحد البديلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك يتقربا أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان فى حقه بمنزلة التصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لا يطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فان تنافى الزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف أو الكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أى يوسف لا يشترط علمه قال (الآن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبنى) أى اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذه فيه تصرفاته كلها ويتقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانها لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما جمعت حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته

وغناء

البائع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد وكذلك لو كان المشتري رهنا المبيع صح الرهن وليس للبائع ابطاله وان فكه المشتري قبل أن يقضى عليه بالقيمة فانه يرد على البائع وان فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع وان أجره المشتري صحت الاجارة غير أنه للبائع أن يبطل الاجارة ويسترد المبيع لان الاجارة مما يفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا فى فسخ الاجارة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى وكتب مائنه قال الاتقانى وينبغى لك أن تعلم أن تصرف المشتري وان كان نافذا يكره وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد اه (قوله والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع) قال فى التحفة ولو تزوجها من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لانه تزوجها وهى مملوكة له ثم قال فيه ولو أوصى بالعبد المبيع بيعا فاسدا فانه يفسخ لان الوصية مما يحتمل الرجوع ولو مات الموصى قبل الفسخ سقط الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار كالبيع ولو مات المشتري شراء فاسدا فورثه البائع فللبائع حق الفسخ وكذا الورثة لان الوارث يقوم مقام المورث فى حق الفسخ ولهذا يرد بالعبد بخلاف الموصى له اه غاية

(قوله ولأن تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض) فإن قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضا ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسحة أعدا ما للفساد فانتقضت العلة إذا قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اه غايه (قوله لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين) أي وعليه الاستبراء لان بالرجوع والقبض استحدث ملك الوطء اه آخر يوع فتاوى الوالوالجلى اه (قوله وبالرد بالعيب) أي قبل القبض أو بعده بقضاء لان (٦٥) به يعود قديم الملك لا بغيره اه (قوله

أوبيني) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي خنيفة في رجل باع رجلا دارا بها فاسدا فقبضها المشتري فبني فيها قال ليس للبائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك في هذه المسئلة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينتقض البناء وترد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد قال الكرخي في مختصره ان كان المبيع أرضا فبني فيها المشتري فهذا استهلاك عند أبي خنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد للبائع نقض البيع (قوله أقوى من حق الشفيع) أي في الشراء الصحيح اه اتفاقا (قوله وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي خنيفة) قالوا في شروح الجامع الصغير وأما شك يعقوب في الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشايخنا لا خلاف فيه ولكن ذكر الخلاف في كتاب الشفعة وغيره من غير شك وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهذه هي المسئلة

وغناء الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشتري لأنه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولأنه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثاني أولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى ولا تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينتقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد لئلا يضيع المانع وكذا الرجوع في الهبة عادى حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسحا قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافه فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله أوبيني أي ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار المشتري شراء فاسدا وهذا عند أبي خنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرم لهما أن حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع في الأخذ حتى يحتاج في الأخذ بالشفعة الى القضاء وتبطل بالتأخير ولا تورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرم فهذا أولى وله أن البناء والغرم حصل بتسليط البائع وهو مما يقصده الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي خنيفة ونص محمد رحمه الله أن الشفيع أن يأخذ العقار المشتري شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة مادام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا أخذ الشفيع يأخذه بالقيمة كما اذا باعه المشتري فانه يأخذه بالقيمة ان اختار الأخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء أخذ بالبيع الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فأمكن إيجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرم كما يفعله في البيع الصحيح ولا يقال ان نقض المشتري البناء عادى حق الاسترداد لئلا يضيع المانع لاننا نقول ينتقضه بعدما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الأصل فيه أن المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد أن البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كافي الغصب قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعني اذا تقاسم بعد قبض العوضين كان للمشتري أن يجبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وأقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو

(٩ - زيلعي رابع) السادسة التي جرت المحاوره فيها بين أبي يوسف ومحمد فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبي خنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينتقض البناء وقال محمد بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها اه غايه (قوله فيصير محبوسا به كالرهن) أي لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهذا المبيع مضمون بجميع قيمته كافي العصمة اه أكل (قوله وان مات البائع فالمشتري أحق به) أي الذي الجارية في يده اه غايه (قوله لانه يقدم عليه حال حياته) أي ولو مات المشتري فالبيع أحق بماله المبيع من غرماء المشتري فان فضل شيء يصرف الى الغرماء اه خلاصة (قوله وعلى هذا أرباب الديون والورثة) أي يقدم المشتري عليه اه

(قوله فهو أحق بما في يده) أي المشتري وأخواه اه (قوله أنه أن يسترد العبد قبل إيفاء الاجرة) أي الدين الذي يجعله أجرة اه (قوله بخلاف الصحيح) يعني لو كان البيع صحيحاً والأجرة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع اه عمادى (قوله في الثمن وطاب للبائع ما ربح الخ) قال الاتقاني رحمه الله وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية ببيع فاسد بألف درهم وتقابضوا ورجع كل منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيّب الربح الذي قبض الدراهم وهو لفظ محمد والاصل فيه أن المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد من عدم التعيين في حق الاستحقاق أما في حق القدر والجنس والوصف فيعينان والخبث وهو عدم الطيب أيضاً نوعان أحدهما باعتبار عدم الملك كما في المغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لأن ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق بالعقد بل يتعلق بما في الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم أن عدم الطيب لعدم الملك في المالكين جميعاً أعني فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة

الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين) كالجارية والعبد والفرس اه (قوله كالدرهم والدنانير) أي وتقابضاً فباع

استأجر أجرة فاسدة ونقد الاجرة وأرتهن رهناً فاسداً أو أقرض قرضاً فاسداً وأخذ به رهناً اه أن يحبس ما استأجر وما أرتهن حتى يقبض ما نقد اعتباراً به فلهذا إذا تفاخرا لانها معاوضة فتوجب التسوية بين البديلين فإن مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما في يده من المقبوض من سائر الغرماء ولو اشترى من مدينه عبداً بدين سابق له عليه شراء فاسداً وقبض العبد باذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجرة بدين سابق عليها وقبض المستأجر العبد ثم فسح المؤجر الاجرة بحكم الفساد له أن يسترد العبد قبل إيفاء الاجرة وليس للمستأجر الخبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه قال (وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري) أي لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير ورجع كل واحد منهما ما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لأن العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصديق به هذا في الخبث لفساد الملك وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاءً فالخاصل أن الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتأمل وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد أم لا قبل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقبل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كالملكه بالمقد كافي البيع الصحيح والاول أصح وهو رواية أبي سليمان

المشتري الجارية واشترى البائع بالثمن شيئاً اه (قوله ولا يتعلق العقد الثاني) أي في الشراء الثاني اه والثاني (قوله وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب) أي بأن غصب شيئاً وباعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه ورجع فيه اه ألك (قوله لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة) أي فيتمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تتمكن شبهة الخبث من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع بأن تقدم الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن بأن أشار الى الدراهم المغصوبة وتقدم غيرها فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث أما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لأن فساد الملك دون عدم الملك فتقلب حقيقة الخبث فيما يتعين شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يتعين شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر بالحديث وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الربا والريبة أي الشبهة اه (قوله من حيث أنه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرير الثمن) أي بأن يشير الى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اه اتقاني (قوله والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر) اذ لو اعتبرت شبهة الشبهة لا تعتبر مادونها فيؤتى ذلك الى سد باب التجارة وهو مفتوح اه (قوله والاول أصح وهو رواية أبي سليمان) قال الاتقاني رحمه الله وقال نضر الدين قاضيان في شرحه للجامع الصغير فان كان البائع استهلك الثمن برده مثله لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثلياً وأما اذا كان الثمن الذي أخذ البائع قائماً فهل يتعين لرد فيه روايتان في رواية كتاب الصرف

بتهين واليه ذهب نفع الاسلام والصدر الشهيد وذلك لان البيع الفاسد في حكم النقص والاسترداد كالغصب وفي رواية لا يتعين كافي
 البيع الخائن قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة اه فقوله والمختار عدم التعيين
 مخالف لما ذكره الزيلعي من التصحيح (قوله وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما) قال العنابي في شرح الجامع الكبير قال
 محمد قال أبو حنيفة كل مال يأخذه من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم عقد فاسد ويربح فيه يطيب له الربح يريد به الدراهم والدنانير لانها
 لا تتعين للرجل بحكم الفساد في بعض الروايات مثاله اذا اشترى ألف درهم بمائة دينار الى سنة حتى فسد الصرف فقبض الدراهم ويربح
 فيها طاب له الربح ولو كان الالف غصباً لم يطب لانعدام الملك وعند أبي يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب المضمن وقد وجد اه
 اتقاني (قوله في المتن ولو ادعى على آخر دراهم الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير وكذلك لو أن رجلاً قال لرجل لي عليك ألف درهم فاقضها
 فقضاء ما تم تصادقاً أنه لم يكن وقد تصرف فيها ويربح قال ربح يطيب له ذلك لان الدين ثبت من حيث التسمية لان المدعي ادعاه فقضاء المدعي
 عليه فكان الربح حاصل في ملكه فاذا تصادقاً بعد ذلك على عدم الدين كانت (٦٧) الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبديل
 المستحق مملوك ملكاً فاسداً

وان ثبت لفساد الملك لا أثر
 له فيما لا يتعين له شبهة
 الشبهة فلهذا طاب له الربح
 ولم يجب التصديق به اه
 غاية (قوله وبديل المستحق)
 أي والمستحق هو الدين
 والبديل الدراهم المقبوضة
 اه غاية (قوله مملوكاً) أي
 ملكاً فاسداً اه (قوله في
 المتن وكره النجش والسوم
 الخ) قبل لما كان المكروه
 أدنى درجة من الفساد
 ولكنه شعبة من شعب
 الفساد ألحقه بالفساد
 وأخره عنه اه اتقاني
 وكتب مانصه قال الاتقاني
 والمعنى في كراهية النجش
 الغرور والخداع اه (قوله
 وهو لا يريد شراءها بل ليراه

والثاني رواية أبي حفص وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال
 (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاء ما تم تصادقاً أنه لا شيء له عليه طاب ربحه) أي ربحه في الدراهم لان
 ان ثبت لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما أولاً فلكه ثم استحق بالتصادق أنه لا دين عليه وبديل
 المستحق مملوك ألا ترى أنه لو باع عبداً بجزالة فاعتقه المشتري ثم استحق الجزالة لا يبطل العتق في العبد
 ولو لا أنه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه
 فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الخالف وفارقه ثم استحق العبد مولا ولم يجز البيع لا يثبت الخالف لان
 المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يثبت الخالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكاً وهو
 بسبب خيبت لكونه مملوكاً كمالك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل قال (وكره
 النجش والسوم على سوم غيره) والنجش يفتحين و يروى بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها
 وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كرهه لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام
 نهى عن النجش وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا
 رواهما أحمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره
 وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه رواه أحمد ومسلم والبخاري والمراد
 بالبيع الشراء وروى أحمد عن ابن عمر أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه
 إلا أن يأذن له وروى النسائي أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يتنازع أو يذروا لان
 في ذلك يحاشوا وضراراً به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها أو ما اذا
 طلبها بدون ثمنها فلا بأس بان يزيد إلى أن تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جئ قلب البائع الى البيع
 بالثمن الذي سماه المشتري وأما اذا لم يجئ قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد
 وقد قال أنس انه عليه السلام باع قدحاً وحلساً فبين يزيد رواه أحمد والترمذي ولانه بيع الفقراء والحاجة

غيره) قال في شرح الصحيح النجش أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته اه اتقاني (قوله
 وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل الخ) قال الاتقاني قوله لا يستام ولا يخطب تني أريد به النهي لا اشترا كهما في دلالتهم على
 العدم ولم يرد حقيقة النفي لانه قد يوجد حساً فينثذيلزم الخلف في خبر الشارع واختيار صيغة النفي لكونه أبلغ من النهي كما أن اخبار
 الشارع أبلغ من الأمر اه (قوله فلا بأس بان يزيد إلى أن يبلغ قيمتها) أي وان لم يكن له رغبة فيها اه غاية (قوله باع قدحاً وحلساً) قال
 في الجهرة الحلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الجار والجمع أحلاس وحلوس اه غاية وكتب مانصه روى الترمذي من حديث أنس
 رضي الله عنه قال أتى رجل من الانصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أمان في بيتك شيء قال بلى
 حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب شرب فيه الماء فقال اتني بهما فأتاهما صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري هذين
 قال رجل أنا آخذهم ابدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم فإلهما مرتين أو ثلاثاً قال رجل أنا آخذهم ابدرهمين
 فأعطاهما يااه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال اشترياً أحدهما طعاماً فأنبذه الى أهلك واشتري الآخر قدوماً فأتني به فأتني به فشد فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عوداً بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبيع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى

بعضها ثوبا وبعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لئن أن تجي المسئلة تكنته في وجهك يوم القيامة ان المسئلة لا تحمل الا لذى فقر مدقع أو ذى غرم مقطع أو ذى دم موجه اه تجريد الأصول للبارزى قوله قعب القعب القصعة اه (قوله في المتن وتلقى الجلب) بمعنى المجلوب اه اتقانى قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوى في بيان تلقى الجلب وصورته أن واحدا من المصر آخر بجعى قافلة عظيمة وأهل المصر في قحط وجذب فتلقى ذلك الواحد ويشترى منهم جميع ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا مدينتهم بأنفسهم (٦٨) وباعوها من أهل المصر بفرقة توسع أهل المصر بذلك فإذا كان الامر كما وصفناه هو

مكروه وان كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشرا مباح في الحكم ولكنه مكروه لانه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضر به اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا يبيع حاضر لباد) الحاضر المقيم في المدن والقرى والبادى المقيم بالبادية والمنهى عنه أن يأتي البدوى البلدة ومعه قوت يفيى التسارع الى بيعه رخصا فيقول له الحضري اتركه عندى لا تعالى في بيعه فهذا الصنيع محرم لما فيه من الاضرار بالغير وهذا اذا كانت السلعة مما تم الحاجة اليها كالاقتوات فان كانت لاتم أو كثر القوت واستغنى عنه ففي التحريم تردد اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس) قال في شرح الطحاوى ان الرجل اذا

ماسه اليه وكذا النهى عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضى قال (وتلقى الجلب) أى كره تلقى الجلوب وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقى اليسوع رواه أحمد والبخارى ومسلم وعن أبي هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب الحديث رواه أحمد والبخارى ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا اذا كان يضر بأهل البلد بان كانوا في قحط وان كان لا يضرهم فلا بأس به الا اذا بس الشعر على الواردين قال رحمه الله (وبيع الحاضر لبادى) لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فليل ان يبيع حاضر لباد قال لا يبيع حاضر لباد لا يكون له ميسار وارواه البخارى ومسلم وأحمد وغيرهم وعن جابر أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم وقال أنس رضى الله عنه نهينا أن يبيع حاضر لباد وان كان أخا لبيه وأمه رواه البخارى وأحمد ومسلم وقال ابن عمر رضى الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد رواه البخارى والنسائي وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضى الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالى لما فيه من الاضرار بهم وأما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو أن يجلب لبادى السلعة فيأخذها الحاضر لبيعهها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلا لا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعى بان تعدد البيع أو وقفه وذكر في النهاية أنهما اذا تابعا وهما عيشان فلا بأس به وعزا الى أصول الفقه لأبي اليسر وهذا مشكل لان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأى والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال (لا يبيع من يزيد) أى لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله (ولا يفرق بين صغير وذى رحم محرم منه) سواء كان الاخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والد وولد هافر الله بينه وبين أحبه يوم القيامة رواه أحمد والترمذى وعن علي رضى الله عنه أنه قال أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فاذ كرت ذلك له فقال أدر كهما فأرجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه أحمد وفي رواية وهب الى النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما فقال لي ما فعل غلاماك فأخبرته فقال لي رده ردهم رواه الترمذى وابن ماجه وعن أبي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن علي رضى الله عنه أنه فرق بين جارية وولدها فقامتا للنبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه أبو داود والدارقطنى ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التقريرين بينهما يحاش الصغير وترك المرحمة عليه

كان له طعام وأهل المصر في قحط وهو لا يبيع من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيع من أهل البادية بثلث غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصري من البدوى بغلالة السعر فيكره ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اه اتقانى (قوله في أخذها الحاضر لبيعهها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أى وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضى الله عنهما اه (قوله في المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهى عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهى الكراهة اه

كان له طعام وأهل المصر في قحط وهو لا يبيع من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيع من أهل البادية بثلث غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصري من البدوى بغلالة السعر فيكره ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اه اتقانى (قوله في أخذها الحاضر لبيعهها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أى وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضى الله عنهما اه (قوله في المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهى عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهى الكراهة اه

(قوله لا يدخل فيه قريب غير محرم) أي كالأولاد والأعمام والعلمات والأخوال والخالات (٦٩) اه (قوله ولا محرم غير قريب) أي كالأخ

والأخت مسن الرضاع
وامرأة الأب اه (قوله
والكفار غير مخاطبين
بالشرائع) الصحيح أنهم
مخاطبون بالمحرّمات اه
(قوله وتفذلبيع في الكل)
أي في كل الصور المتقدمة
من قوله وكره النجس الى هنا اه
(قوله وفرق عليه السلام
بين مارية وسيرين)
أهداهما له المقوقس ملك
الاسكندرية ومصر
وكانت مارية بيضاء جمدة
جميلة فوطئها بالملك فولدت
له ابراهيم فتوفى وهو ابن
ثمانية عشر شهرا ووهب
أختها سيرين لحسان بن
نابت وهي أم ولد لحسان
ابن نابت ولم يكن بمصر
أحسن ولا أجل منهما
وهما من أهل حفن من
كورة انصاف لما رآهما صلى
الله عليه وسلم أعجبته وكانت
أحدهما تشبه الأخرى
فقال اللهم اختر لي نيك
فأختار الله له مارية وذلك
أنه قال لهما قولاً تشهد أن
لا إله إلا الله وأن محمداً رسول
الله فبدرت مارية فتشهدت
قبل أختها ومكثت أختها
ساعة ثم تشهدت وقال صلى
الله عليه وسلم لو بقي ابراهيم
ما تركت قطيعة الا وضعت
عنه الجزية وقد انقطع
أهلها وأقاربها الا نسا
واحداً ماتت مارية سنة
١٥ وصلى عليها عمر

وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان
أحدهما له والاخر لابنه الصغيره أن يبيع أحدهما لأن الملك متفرق فلا يتناولها النهي عن التفريق
ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان
التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجنابة وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنع عن
التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا
لأنه يتضرر بالزامه الفداء لولي الجنابة والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره وكذا لا بأس
بالتفريق إذا تعذر إخراج أحدهما بالتدبير والاستيلاء أو الكتابة لما ذكرناه أن يعتق أحدهما وإن كان
فيه تفريق لأنه أنفع له من إبقائه على الرق ولأنه ليس بتفريق معنى لأن الحري يقدر أن يدور معه حيث دار
وكذا أنه أن يبيع أحدهما ممن حلف بعته أن يشتريه أو يملكه لما ذكرناه في الاعتاق ولو كان الولد مسلماً
وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لأنه خبره من إبقائه في ذل
الكافر وفي النهاية هذا كله إذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً أو مآذوناً في التجارة وأما إذا كان
كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان للصغير
قريبان مستويان في القرب فإن اختلفت جهة قرابتهما لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك
مثل الأب والأم وأخت لاب وأخت لام وأولوين بأن ادعاء رجلان معاً وعمه وخاله لأن لكل واحد منهما
شفقة ليس للأخرى بكل واحد منهما استئناس خلاف الاستئناس بالآخر وإن اتحدت جهة قرابتهما
كالأخوين أو الخالين أو العمين لاب وأم أو لاب وأولام يكنى بأحدهما معه لأن حق الصغير مريض به فيبيعه
أو يتركه مع الواحد منهما لأنه يستأنس به ويقوم بمحوائجه وإن كان أحدهما أقرب من الآخر كما لو كان مع
الأم أو الجدة عمه أو خاله أو أحد الأخوة أو الأخوات أو كان مع الأخت لاب وأم أخت لاب أو لام لا يعتد
بالأبعد لأن شفقة مع شفقة الأقرب كالعدوم ونفس البيع في الكل لأن النهي لغيره وهو ما فيه من
إيحاش الصغير أو الأضرار بأهل البلد أو بالواردين إذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب
الفساد وعن أبي يوسف أنه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد في الجميع لما روينا
أنه عليه السلام رد البيع في الولاد وأمر بالرد في غيره وهو لا يكون إلا في الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر
من أهله مضافاً إلى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاورته غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند
الأذان وكشراعهما استامه غيره والمروى محمول على الإقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قال
(بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لأن النص ورد على خلاف القياس في القرابة
المحرمة للنكاح إذا كان صغيراً فلا يلحق به غيره لأن الكبيرين أو الزوجين وإن كانا صغيرين ليسا في معنى
النصوص عليه وذلك من الأكواع رضي الله عنه أنهم أصابوا من فزارة سيبا وفيه امرأة ومعها بنتها
فنفله أبو بكر ابنها وكان عليهم أميراً فلما قدموا المدينة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي
المرأة فذكر أنها أعجبت ولم يكشف لها ثوباً ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بهما عليه السلام إلى أهل مكة
وفي أيديهم أسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة والحديث فيه طول رواه أحمد ومسلم وفتح رسول الله
صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت أنه ابنها
لا ثبت نسبه منها لأنها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينه وبينها لأن قول الواحد مقبول في الديانات
لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه أمارة الصدق ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم اشترى الولد يكره
التنفيذ لأنهما اجتماعاً في ملكه فيعتبر مفرقاً بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى أمه بشرط الخيار له
أن يردها بالاتفاق أما عند أبي حنيفة فلا يجرى في ملكه فلم يكن مفرقاً وأما عندهما فلا يكره لو لم يكن له
الرد لتضرره لأن الفسخ حقه فلا يمنع منه والله أعلم

ودفنت بالبيع اه من المصباح المضي (قوله يكره التنفيذ) أي تنفيذ البيع في الأم اه

باب الاقالة

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان في كل منهما يرجع المبيع الى البائع أو نقول لما كانت الاقالة فسخا للبيع وهو يقتضى سابقة البيع والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكّر الاقالة عقيبها الاتقاني وقال الكمال مناسبتها الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحذور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه به ان كيف ثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات اه (قوله ولو كان من القول اقبل قلته بالنسب) ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الباء لا مع الواو اه كمال (قوله وقد قالوا قاله البيع قبلا) أي وأقاله فسخه اه فتح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته الخ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقاله الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن جبان في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقي اه فتح وكتب مانصه ولان الاقالة ترفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقدت راضيا فكان لهما رفعه دفعا للحاجة اه اتقاني قوله دفعا للحاجة أي التي لها شرع البيع وغيره اه فتح (قوله بأن ولدت المبيعة بعد القبض) قال الاتقاني بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند (٧٠) أي خفيفة وحاصله أن الجارية اذا زادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صححت الاقالة سواء

باب الاقالة

قبل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكي اذا زال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على أن عينه باء ولو كان من القول لقبيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قبلا وهذا أدل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقاله الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله (هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أي خفيفة الا أن لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع في غير المقايضة فيبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما بين فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبيل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال أبو يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبيل القبض في المنقول أو كانت بعده هلاك

كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارث والعقر الآن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أي خفيفة لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة

أحد

ما نعت فسخ العقد حقا للشرع وأبو خفيفة لا يصح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة

عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا من له الحق في الزيادة يبطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا بما تقايلا فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا قال في الذخيرة اه واعلم أن المبيعة اذا ولدت بعد القبض فالاقالة حينئذ باطلة عند الامام كذا كر وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعا جديدا أما عند أبي يوسف قطاها لان الاقالة عنده بيع وأما عند محمد فلاه تعذر جعلها ههنا فسخا فجعل بيعا جديدا انتبه اه (قوله اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ الخ) فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغي أن يحمل على البيع المبتدأ مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا في حق الثالث قلت انما يحمل اللفظ على المجاز لتعذر المضادة بين العقد ورفع اللفظ لا يجوز استعماله مجازا للضد وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار معنى البيع وهو حصول الملك ببدل فأظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولا يتهما على غيرهما اه اتقاني رحمه الله (قوله هذا اذا تقايلا بعد القبض) قال الاتقاني رحمه الله وجلة القول فيه أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الاحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض عند أبي خفيفة رحمه الله بيع في حق غيرهما حتى لا تصح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل الا اذا تعذر جعلها فسخا حينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة في يد المشتري قال الاقطع وعن أبي خفيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اه (قوله لتعذر جعلها بيعا) أي اذ بيع المنقول قبل القبض جائزا اه (قوله وقال أبو يوسف هي بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا) قال الاتقاني الا أن في المنقول قبيل القبض لو جعلت على البيع كان فاسدا خملت على الفسخ جلالا لكل منهما على الصحة حتى لو كان المبيع دارا وتقايلا قبل القبض يكون بيعا عند أبي يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند أبي يوسف وأي خفيفة اه

(قوله أو بعد هلاك السلعة في غير المفاضة) أي كإلو كان المبيع عرضا بالدرهم فهلك العرض اه اتقاني (قوله وقال محمد بن فسخ) أي سوا كان المبيع منقولاً أو غير منقول لأن بيع المبيع قبل القبض باطل عنده في المنقول وغيره قلنا لم يصح البيع قبل القبض على الفسخ اه اتقاني وكتب على قوله هي فسخ مانصه في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث كما سيأتي قريباً اه (قوله فكذا إذا سكت عن البعض) قال الاتقاني أما إذا كانت الأقالة بالنقصان عن الثمن الأول تجعل فسخاً لأنه لم يذكر في الأقالة جميع الثمن صحت الأقالة فكذا إذا لم يذكر البعض وكذا إذا وقعت الأقالة على تأجيل الثمن صحت الأقالة وبطل الأجل اه (قوله يقال اللهم أقلني عثراتي) أي أرفعها اه (قوله وإذا تعذر) أي جله على الحقيقة يحمل على البيع مجازاً لأنه محتمل ولهذا كانت بيعاً في حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء اه اتقاني (قوله ولا يبي يوسف أنها عليك من الجانبين بعوض مالي الخ) قال الاتقاني ولكن لم يشترط تسمية الثمن لأنه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعاً في حق الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الأقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كما في البيع اه (قوله فيجعل فسخاً) أي في حق المتعاقدين (٧١) وأما في حق الثالث فيبيع بالاتفاق اه

(قوله ولا يبي حنيفة رحمه الله) أنها تنبئ عن الفسخ قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الأقالة رفع العقد بين العقد ورفع مصادرة فلا يجوز أن يجعل واحداً فكانت فسخاً اه (قوله وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري الخ) قال الاتقاني وجعلها بيعاً جديداً في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فان حكم الأقالة وقوع الملك يسدل وهذا لأن لهما ولا يفتي على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اه (قوله في المستن وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس) أي وشرط جنس (آخر) خلاف الثمن الأول (لغو) أي

أحد العوضين في المفاضة فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً ولا فسخاً بان كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة في غير المفاضة فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سمي بخلافه وقال محمد هي فسخ إذا تعذر جعلها فسخاً بان تقابلها بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعاً جديداً إلا أن لا يمكن جعله فسخاً ولا بيعاً بان كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الأول يكون فسخاً عنده بالثمن الأول لأنه سكت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخاً فكذا إذا سكت عن البعض لمجد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم أقلني عثراتي فيعمل بمقتضاه وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعاً في حق ثالث لعدم ولا يهتم عليه ولا يبي يوسف أنها عليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للعاني دون الألفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الأصل حواله وبالعكس كقالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع إذا تعذر فيجعل فسخاً لانها موضوعة له أو تحتمله ولا يبي حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد أصلاً يحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملاً له صح وانما لا يصح لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلاً وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يقتضيه مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولا يهتم عليه قال رحمه الله (وتصح بمن الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأنه لما كانت الأقالة عنده فسخاً والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشتري وأما إذا تعيب عنده فيجوز بالأقل فيجعل الخط بازاً ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

باطل اه وكتب مانصه قال الاتقاني رحمه الله وفي شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر بطل الشرط ولم تبطل الأقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الشرط الفاسد في معنى الربا والزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الأقالة فإنها رفع ما كان ورفع ما كان زائداً على ما كان لا يتصور فلهاذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الأقالة قال في شرح الطحاوي وعند أبي يوسف في الموضع الذي يجعلها بيعاً جديداً تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبي حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الأقالة بالثمن الأول إذا حدث بالبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الأقل من الثمن الأول فتجعل الزيادة بازاً الجزء المحتبس عند المشتري وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الزيادة يكون بيعاً أما عند أبي يوسف فظاهر لأن البيع هو الأصل عنده وأما عند محمد فان الفسخ لما لم يمكن حل على البيع لا مكانه وإذا شرط الأقل يكون بيعاً أيضاً عند أبي يوسف لما قلنا من الأصل عنده ويكون فسخاً عند محمد بالثمن الأول لأنه لو سكت عن الأقالة عن جميع الثمن كان فسخاً فكذا إذا سكت عن البعض وعند زفر الأقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما اه (فرع) لو باع صابوناً طيباً ثم تقابلاً بعد ما جف فتقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باق قاله الكمال رحمه الله

(قوله ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المارة لا تكون) الى هنا لفظ الشارح (١) وقوله ببيعاً وان أمكن جعلها ببيعاً بل تكون الخ هذا الحق لا بد منه ليصح قوله فسخاً اه (قوله ولم يرد) لعله يسترد ووجد في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اه وفي شرح الاتفاق وغيره يسترد اه لكن الذي وجد بخط الشارح يرد (٧٣) اه (قوله حتى باعه منه) أي من المشتري اه (قوله لانه يبيع جديد في حق غيرهما)

أي ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف اه اتفاقاً (قوله جاز قبضه) أي ولو كان يباع لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن اه (قوله تظهر فائدة في خمس مسائل) ساقها القوام الاتفاق وتبعه الكمال أربعة فاسقطا من المسائل التي ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسألة مالو كان البيع صرفاً التي نقلتها فيما يأتي عند قوله والرابعة الخ اه (قوله لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفع الشفعة) أي في أصل البيع اه (قوله ثم تقابلاً) أي فعاد إلى ملك البائع (قوله جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد الخ) وهذه حيلة في جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله والرابعة اذا كان المبيع موهوباً الخ) قال الاتفاقى رحمه الله وثمة كونها بيعاً في حق غيرهما تظهر في مواضع وساقها أربعة وذكر منها أن البيع لو كان صرفاً فالتقايض في

ينقص أكثر منه ولا تجوز الاقالة باللفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد يشترط أن يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاضة أو الرد أو المارة لا تكون فسخاً ثم فائدة كون الاقالة فسخاً في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احداها أنه يجب على البائع رد الثمن الاول وما سمي بخلافه يكون باطلاً والثانية أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت يباعا في حقهما الفسدت والثالثة اذا تقابلاً ولم يرد البائع المبيع حتى باعه منه فاني جاز ولو كانت يباعا لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه يبيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت يباعا لانفسخ لان البيع ينفسخ بهينة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً وقد باعه منه بالكيل أو بالوزن ثم تقابلاً واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وقوله يبيع في حق غيرهما تظهر فائدته في خمس مسائل احداها لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفع الشفعة ثم تقابلاً يقضى له بالشفعة لكونه يباعاً جديداً في حقه كأنه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقابلاً ثم اطلع على عيب كان في يد البائع أراد أن يرد على البائع ليس له ذلك لانه يبيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئاً فقبضه ولم يتقدّم الثمن حتى باعه من آخر ثم تقابلاً وعاد إلى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له ثم تقابلاً ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيباً فرتبه بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه يبيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء إقالة وقوله يبيع في حق ثالث مجرى على إطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على إطلاقه لانه انما يكون فسخاً فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط وأما انما لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر ببيعاً جديداً في حق المتعاقدين أيضاً كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقابلاً يعود الدين حالاً كأنه باعه منه وكما اذا تقابلاً ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كأنه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخاً قبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عيبه وقبض ثم تقابلاً لا يتعين الطعام المقبوض الرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بختيار رؤية أو شرط أو تعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعاً لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قال رحمه الله (وهلاك المبيع منع) أي منع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث

كلا الجانبين شرط في صحة الاقالة فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد وتبعه الكمال رحمه الله في ذكرها أربعة منها لا يمنع مسئلة الصرف المذكورة آنفاً واذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستاً تنبه (قوله في المتن قبل قوله وهلاك المبيع الخ وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) هو من المتن وقد أسقطه الشارح

(١) قول المحشى وقوله ببيعاً هكذا في الاصل وليس هذا الحق في شيء من نسخ الشارح التي بينا اه معجمه

باب التولية

لما فرغ عن بيان ايقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كبيع اشترط الخيار وكانت هي بالنظر الى جانب المبيع شرع في بيان أنواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمراجعة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثاني لاصالة المبيع دون الثمن اه غايه وكتب مانصه قال العيني وهي مصدر ولي غيره أي جعله واليا وفي الشرع ما ذكره المصنف اه قال صاحب التحفة البيع في حق البدل ينقسم خمسة اقسام بيع المساومة وهو البيع بأي ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المراجعة وهو تعليق المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تعليق المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع (٧٣) التولية في بعض المبيع من النصف

ونحوه والخامس بيع الوضعية

وهو تعليق المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان منه يسير اه اتقاني (قوله والمراجعة والتولية) أي لم يفسرها اكفاء بما في المتن اه (قوله والوضعية) قال في المستصفي ولم يذكر القسم الثاني في هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من المبيعات الاسترباح اه وقوله ولم يذكر القسم الثاني المراد منه بيع الوضعية اه (قوله التولية بيع بثلث سابق) أي وهو البيع بالثلث الاول من غير زيادة ولا نقصان اه عيني (قوله وهذا احسن من قول بعضهم) منهم صاحب الهداية والقدرى اه (قوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها) أي حتى لو اشترى شيئا مؤجلا ليس

لا يمنع من صحته لان الثمن ليس محل العقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه ثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكم العقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لانه لا يهلك الثمن قال رحمه الله (وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيستقدر بقدره ولو تقاضا عبدا بجمارية فهلك أحدهما صحمت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بخلاف مالو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف مالو هلك البدل لان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا فائذين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يرتامثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا تعلق له بالمقبوض ألا ترى أنهما لو تقايلا فيه فهلك البدل ان لا تبطل الاقالة فكذلك التقايلا بعدهلا كهما بخلاف بيع المفايضة لان الاقالة تتعلق بأعيانها كالمبيع فتبطل بهلا كهما قبل القبض كالمبيع لتعين البدلين فيهما والله أعلم

باب التولية

وهي أن يجعل غيره واليا فكان المشتري يجعل المشتري منه واليا بما اشتراه ثم أنواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابله السلفة أنواع أربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمراجعة والتولية والوضعية وهي البيع بأنقص من الثمن الاول قال رحمه الله (هي) أي التولية (بيع بثلث سابق والمراجعة وبزيادة) وهذا احسن من قول بعضهم هما نقل مملوك بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل مملوك بالعقد حتى لو ضاع المصوب عند الغاصب ضمن قيمته ثم وجده جازله أن يبيعه مراجعة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل مملوك بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدي الى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها وتطبيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناها على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما أراد عليه الصلاة والسلام الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة

(١٠ - زيلمي رابع) له أن يبيعه مراجعة الا اذا بين التأجيل اه غايه لان الاجل معنى يراد في الثمن لاجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الاجل فلو باعه مراجعة يصير كأنه اشترى شيئين بثلث فباع أحدهما مراجعة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اه (قوله ولما أراد عليه السلام الهجرة الخ) أخذه من الهداية قال الكمال وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه في بدء الخلق وفي مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم أخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراها بمائة درهم من نعم بني قشير فأخذ أحدهما وهي القصوى فخاروا المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب عما ذكره ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ما ثم قال له اركب فذلك أي وأمي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اركب بعير ليس لي قال فهني لك يا رسول الله قال لا ولكن ما الثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هي لك يا رسول الله فركبها وانطلقا ذكر

السميلي عن بعض أهل العلم أنه سئل لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشأ والنس هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة إلى الله وأن تكون على أنتم أحوالها وهو جواب حسن اهـ (قوله في المتن وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) قال الاتقاني رحمه الله وجملة البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيئا مربحة على الثمن الاول فلا يخلو ما أن يكون من ذوات الامثال كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعدي المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبد والنياب والدور والبطاطنج والمان ونحوها أما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مربحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن يعني أن يكون شيئا مقدرا معلوما فهو الدرهم والثوب مشارا اليه أو دينار الا ان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأما اذا كان الثمن الاول لا مثله فأراد أن يبيعه مربحة عليه فهذا على وجهين أما أن يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه أو ممن غيره فان باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو ما أن يبيعه مربحة بذلك العوض أو بقيته ولا وجه الاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه مربحة بقيته لان القيمة تعرف بالخزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مربحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبي بكر مربحة بالثمن الذي في يده ويربح (٧٤) عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهي معلومة وان

والسلام ولني أحدهما فقال له هوك بغير شي فقال أما بغير شي فلا قال رحمه الله (وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المراجعة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل عن ملكه أو به وبزيادة ربح معلوم حينئذ يجوز لا تنقضاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته أو ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وبيعه بقيمة ذلك البديل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البديل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشتري يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والافسد كما لو باع الثوب برقه ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دنائير بدراهم لا تجوز فيه المراجعة ولا التولية لانهم في النعمة فلا يتصور فيه المراجعة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله (وله أن يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والقتل وجل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جرى بالحق هذه الاشياء برأس المال وهو المتعارف ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والقتل والقصار والطراز يزيد في العين والجل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا أنه أن يضيف اليه أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطى البئر وكري الانهار والقناة والمسناة والكرباب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراهه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والافأ كثرهم

قال أبي بكر ده يارده فانه لا يجوز لان تسمية ده يارده أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادي عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الاول وهو الثوب ويجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه ثم في بيع المراجعة يعتبر رأس المال وهو الثمن الاول الذي ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما تنقده بدلا

عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنهما دينارا أو ثوبا بقيته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو على العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة اهـ (قوله فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البديل عن ملكه) صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم جاز اهـ غاية (قوله في المتن والصبغ) قال الكمال رحمه الله أسود كان الصبغ أو غيره اهـ (قوله وجل الطعام) أي برا أو بجرا اهـ كمال (قوله لانها تختلف باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتشبه في بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها اهـ كمال رحمه الله (قوله فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه) أي وكذلك لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة اهـ كمال (قوله وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته الخ) لان نفقة المشتري على نفسه في سفره اهـ وكسب مائنه قال الكرخي في مختصره وكذلك ان كان مضاربا أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرضى الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء ويضم ما أنفق على الغنم في سياقها ولا يضم أجرة الراعي ولا جعل آبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك الى هنا لفظ الكرخي اهـ غاية (قوله وأجرة السمسار ان كانت مشروطة الخ) قال الكمال وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع

البرامكة لاتضم لان الاجارة على الشراء لاتصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل
أجرة الدلال لاتضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم عن الجلال ونحوها في الدواب وتضم السباب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا
وزيادة ويضم علف الدواب الا ان يعود عليه شئ متولد كالبانها وصوفها وسمتها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجرة الدابة
أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فانه يراعى مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا داجاجة أصاب من بيضها يحسب
ماناله وبما أنفق ويضم الباقي اهـ ما قال الكمال (قوله في المتن ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا الخ) وهذا بخلاف ما اذا
اشترى الرجل متاعا ثم رقه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقه فهو جائز وهي مسألة الاصل حيث لا يقول قام على بكذا ولا اشتريته
بكذا لانه كذب وانما يقول رقه كذا وكذا فأنا أبيع مرابحة على ذلك قال محمد في الاصل وكذلك لو كان أصله مبرأنا أو هبة أو صدقة
أو وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا اهـ غايه (قوله وكذا (٧٥) بيت الحفظ) كذا بخط الشارح والذي

في نسخ المتن وكري بيت
الحفظ اهـ (قوله لمعنى في
نفسه) أى في نفس المعلم
اهـ (قوله وهو ذكؤه وذهنه)
أى فلم يكن ما أنفق على
المعلم موجبا للزيادة في
المالية ولا يخفى ما فيه اذ
لا شك في حصول الزيادة
بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن
التعليم عادة وكونه بمساعدة
القابلية في التعلم فهو
كقابلية الثوب للصبغ
فلا تمنع نسبته الى التعليم كما
لا تمنع نسبته الى الصبغ
فانما هو شرط والتعليم علته
عادية فكيف لا يضم وفي
المبسوط أضاف نفي ضم
المتفق في التعليل الى أنه
ليس فيه عرف قال وكذا
في تعليم الغناء والعريضة
قال حتى لو كان في ذلك
عرف ظاهر يلحقه برأس

على أنها لاتضم ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو بسبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي المخزن يضم
لانه يزاد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال رحمه الله (ويقول قام على بكذا) ولا يقول
اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال رحمه الله (ولا يضم أجرة الراعى والتعليم وكراهية بيت الحفظ) لعدم
العرف بالحاقه برأس المال ولان الراعى حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبوت الزيادة في
التعليم لمعنى في نفسه وهو ذكؤه وذهنه ولا يضم حق البئر ويضم أجره من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ
الخشب أبوابا وتقب الأولاد ولوزج العبد لا يضم المهر الى رأس المال ولا يحيط بمهر الامة لزوجها ولا يضم
أجرة الطبيب والرائض والبيطار والحمامة وجعل الا بق ونفقة نفسه وكرائه وأجرة الختان والفداء
في الجنابة لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى رأس المال ولانها لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز
الحاقها برأس المال والذي يؤخذ في الطرق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيسهل بينهم بالضم
قال رحمه الله (فان كان في مرابحة أخذ بكل عنه أو رده وحط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف يحط فيه ما قال محمد يخير فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثن معلوم فينقصد بالمسمى فيه كما
لو باعه مساومة وكذا المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى الوصف فاذا فات الوصف
المرغوب فيه يتخير كما في سائر اوصاف وكذا اذا وجد معيبا ولا ييوسف أن الاصل فيه هو المرابحة
والتولية ولهذا ينقصد بقوله وليتذكر بالثمن الاول أو بعثك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن الاول
والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر
الحياة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر
الحياة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضا بحسابه لان
الربح ينقسم عليهما فما أصاب الحياة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه ولا يي حنيفة في الفرق بينهما أن
التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تشديده بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في
العقد الاول والمرابحة عقد مبتدأ باشرا باختيارهما وليس عيني على الاول فينقصد بالثمن المسمى فيه
ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينقصد بما سمي

المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الا بق لانه نادرا فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر اهـ كمال (قوله في المتن فان
خان الخ) ثم ظهور الحياة ما باقرا البائع أو بالينة أو بالتكول عن اليمين اهـ غايه وكتب على قوله فان خان الى آخره مانعه صورة المسئلة
رجل اشترى بتسعة دراهم شيئا وقبضه ثم قال لرجل اشتريته بعشرة فوليتك بما اشتريته أو باعه مرابحة بربح زيادة درهم اهـ مشكلات
(قوله وقال أبو يوسف يحط فيهما) أى ولا خيار للشترى اهـ غايه وكذا قال الشافعي وأحمد اهـ (قوله ولا ييوسف أن الاصل فيه)
أى في عقد البيع اهـ (قوله هو المرابحة والتولية) أى لا التسمية كما قال محمد اهـ (قوله أو بعثك مرابحة على الثمن الاول) أى وان
لم يسم الثمن الاول اهـ (قوله وما أصاب غيره ثبت معه) أى كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية يحط
قدر الحياة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهمان يأخذ الثوب بثنى عشر درهما اهـ غايه وكتب مانعه قال الكمال لمحمدان
الاعتبار فيه - ما ليس الا للتسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينقصد البيع والاخبار بأن الثمن الاول لا يتعلق لان عقابه انما هو تزويج
وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فيقواته بظهور أن الثمن ليس ذا يتخير اهـ كمال

(قوله ولو هلك المبيع قبل أن يردّه) أي (٧٦) أو استهلك اه فتح (قوله أو حدث به ما يمنع الرد) أي عند ظهور الخيانة في بيع

المرا بحة اه غاية (قوله وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابل له) أي يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشتري عن ردّيهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ اه غاية (قوله ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن) أي ان كانت القيمة أقل دفعا للضرر عن المشتري اه الك (قوله وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة) أي الا أن يبين اه كمال (قوله وهذا عند أي خيفة) أي وهو مذهب أحد اه فتح (قوله وعندهما يبيعه مرابحة) أي وقول الشافعي كقولهما كذا في الاسرار وغيره وأخذ أبو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما اه غاية وأيضاً هو قول مالك اه عيني (قوله ثم اشتراه بعشرين) أي عن باعه منه بعد التقابض اه كمال (قوله ويقول قام على عشرة) أي ولا يقول اشتريته لثلاثين كذا اه اه غاية (قوله لان المنع في باب المراجعة لحق العبد) وأيضاً الخيانة حق الشرع اه (قوله في الثمن ولو اشتري ما ذون الخ) قال في المبسوط واذا اشترى الرجل من أبيه أو أمه أو مكانه أو عبده أو عبداً من مواليه أو مكاتب من مواليه متاعاً بثمن قد

ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المراجعة يبق على حاله الا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لقوات الرضا ولو هلك المبيع قبل أن يردّه أو حدث به ما يمنع الرد لم يمسح بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أي خيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابل له شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزاء الفاسد وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابل له من الثمن وعند محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على أصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول أبي يوسف يحط كنفها كان وكذا عند أبي حنيفة في التولية لانه لو لم يكن له جاز الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث به عند عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع بصير الثمن الثاني أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الاول قال رحمه الله (ومن اشترى ثوباً باعاه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يربح) يعني اذا باعه بربح ثانياً بعد ما اشتراه ثانياً طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوباً بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام على عشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة أصلاً وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المراجعة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن باعه المشتري من أجني ثم باعه الاجنبي من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله أن يشبه حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتاً لانه بنا كدبه بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المراجعة احتياطاً ولهذا لا تجوز المراجعة فيما أخذ بالصلح لشبهة الخبطية فيه وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لانه من التوسع فيما لهم الحق عليه فيصير كأنه اشترى عشرة وثوباً بعشرين في الفصل الاول في طرح عشرة لانه بالعقد الثاني تأكد وأمن بطلانه والتأكد حكم الأصول ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد حكمه ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث كما حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوباً بعشرين بعشرين درهماً قصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لاننا نقول الربح الاول لم يصير مقابلاً بالثمن في العقد الثاني حقيقة وانما أعطى له حكم المقابلة احترازاً عن الخيانة فيما يخفى على الامانة وهو حق العبد ولا ينقض ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المراجعة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مسالومة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست بعينية على الامانة قال رحمه الله (ولو اشترى ما ذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) أي وكذا لو اشترى المولى ثوباً بعشرة ثم باعه من عبده ما لا ذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحاً لا فادته ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخالو عن حقه فاعتبر عدم ما في حق المراجعة لا بقناتها على الامانة فبقى الاعتبار بالشراء الاول فصار كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الرائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان المراجعة بيع أمانة لقبول قوله من غير يئنة ولا عين فتنتفي عنهما كل تهمة وشبهة خيانة والمساخطة بينهما ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقياً على ملكه فلا يعتبر خارجاً هذا

قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشتري أن يبيعه مرابحة الا بالثمن الذي قام على البائع للتمتع بهذا لفظ محمد في الاصل اه غاية اذا

(قوله واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا) قال الاتقاني وقد اختلفت نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيدت في الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر الشهيد عبدا مؤذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط وقاضيان قيد بالهبط أيضا والعناني قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدين أصلا وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مملوك وعبد المأذون عليه دين أو لادين عليه ومكاتبه فانه يبيعه مراهجة على أقل الضمانين الآن بين الامر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لادين عليه فالشراء الثاني باطل لان العبد اذا كان لادين عليه فانه مولاه فاذا اشترى منه المولى صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شرا المولى منه لان المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مراهجة الا بعشرة لان العبد اذا كان عليه دين فانه مولاه من وجه لان المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فشرأ المولى منه شراء من وجه وليس بشراء من وجه وبيع المراهجة بيع الامانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبد المأذون المدون والمكاتب جائز لا فائدة ملك اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يتخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز وردي الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعقد للشبهة ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه (٧٧) ولو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبيعه الا على

عشرة فلذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المراهجة واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبيع المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة اه (قوله في المتن ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال الخ) سياتي في باب المضاربة في كلام السارح ما يخالف هذا قيل قوله معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان الخ والمذهب ما ذكره في المتن فتنه والله الموفق اه (قوله

اذا لم يبين وان يبين أنه اشترى من عبده أو من سيده جاز زال وال التهمة واشترط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مراهجة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيد بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله (ولو كان مضارب يبيع مراهجة رب المال باثني عشر ونصف) أي لو كان من عمل هذا العمل مضارب يابا كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحيط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة تنهافها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع اليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مراهجة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه يبيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة ألا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا أما في حق المضارب قطاهروا أما في حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملك قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق به حق ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التي اشترها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا يملك ثمنه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح

فانه يبيعه مراهجة باثني عشر ونصف) قال في شرح الطحاوي وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألف درهم وخمسة مائة وباعها من المضارب بألف وخمسة مائة فان المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه وهذا الماذكرنا أن بيع المراهجة بيع امانة يجب صونها عن الحياة وعن شبهتها ما أمكن وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه غاية (قوله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف) أي وذلك لان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اه غاية وكتب مائنه قال الاتقاني اعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لفرلان شراء الانسان من مال نفسه لا يجوز اه (قوله لكنه مع هذا فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اه (قوله لان المضارب وكيل عنه) أي ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اه (قوله في البيع الاول من وجه) أي لان رقبة المال لرب المال ومن وجه المضارب ولهذا اذا اشترى لا يجوز جبر رب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك بمنزلة الاجنبي اه اتقاني (قوله فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح) أي وهو درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيصط عن الثمن ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة قولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مراهجة على اثني عشر درهما ونصف اه اتقاني رحمه الله

(قوله اذا تعيب المبيع من غير صنعه) أي بأن اشترى جارية فاعورث مثلاً اه (قوله لانه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن) أي لان المستوفي ليس بمثل فلم يقابل به البديل فكان كالاستخدام اه غاية (قوله وهو قول الشافعي وزفر الخ) وفي قول زفر اذا عورث باقة سموية لا يبيعها من راحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ اه غاية البيان (قوله سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه) هذا وقع اتفاقاً فاذ يجب البيان وان لم يأخذ

الأرض ولهذا ذكره في المسوط من غير قيد أخذ الأرض اه (قوله لانه صار مقصوداً بالاتلاف) أي ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لانه حبس جزاً صار مقصوداً أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي من راحة على ذلك الثمن اه اتقاني (قوله فازالتها تعيب لها في مقابلة الثمن) أي وكذا لو حبس غناؤه كالثمره والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الاجنبي وان هلك بأفة سماوية جاز بيعه من راحة من غير بيان اه زاهدی وذكر في شرح عمون المسائل ولو أن رجلاً اشترى جارية ولها لبن فأجرها لترضع فله أن يبيعها من راحة لان عقد الاجارة ما ورد على العين وانما ورد على المنفعة فلم يأخذ العوض عن عين ملكها بالشراء وانما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اه (قوله قرض فار) القرض بالوقف والفاء اه من خط السارح (قوله يبيعه من راحة من غير

بيان) (ویراجح ببيان بالتعيب ووطء الثيب) أي اذا تعيب المبيع من غير صنعه أو ووطئ الثيب يبيعه من راحة من غير أن يبين لانه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن لان الفاتئ وصف وهو لا يقابل شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعاً ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يتخير بين أخذه بجميع الثمن أو تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم يتقصها الوطء ومعنى أداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابل الثمن وعن أبي يوسف في التعيب أنه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعدما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار أن الاوصاف لها حصص من الثمن عنده ولا فرق فيها بين أن يحصل بفعله أو بأفة سماوية ونحن نقول ما يقابل الثمن كله قائم فلا يبالى بذهاب ما لا يقابل الثمن ألا ترى أنه لو توسع الثوب لا يجب عليه البيان فصار تطير ما ذاقه من تغير السعر وفي فوادره شامذ كرمه فقل هذا اذا قصه العيب شيئاً يسيراً وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه من راحة قال رحمه الله (ويبين بالتعيب ووطء البكر) أي يبيعه من راحة بشرط أن يبين العيب اذا كان حاداً بالتعيب منه سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لانه صار مقصوداً بالاتلاف في مقابلة شيء من الثمن ووطء البكر تعيب لان العذرة جزء من الثمن فازالتها تعيب ما يقابل الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا قاعاً عين نفسه فهو بمنزلة مالو تعيب بأفة سماوية فجاز أن يبيعه من راحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه من راحة من غير بيان أي من غير بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليماً ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له أن يبيعه من راحة الا ببيان فلم يبين فالمشتري أن يرد عليه اذا علم خيائته وعلى هذا لو اشترى ثوباً أصابه قرض فأرأى حرق نار يبيعه من راحة من غير بيان ولو تكسر بشره ووطئه لا يبيعه من راحة حتى يبين لما ينما من المعنى قال رحمه الله (ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خيراً للمشتري) لانه يراد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبهة بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما من راحة على غنهما فثبت له الخيار عند عمله بمثل هذه الخيانة أو نقول ان الثمن المؤجل أنقص في المأليته من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الاموال الربوية فيكون ما أخذ من المشتري أزيد في الحكم فثبت له الخيار عند عمله بذلك وكذا في التولية اذا علم أن الثمن كان مؤجلاً يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المراجعة لانها مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله (فان أتلّف فعلم بآلف ومائة) أي اذا أتلّف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلاً لزمه ألف ومائة لان الاجل ليس بمال مئة ومائة فلا يقابل شيء من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيها اذا كان المبيع قائماً نظراً لهذا الجانب لان اقدامه على المراجعة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك أو استهلك المشتري لم يبق له الخيار

بيان) أي لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شيء من الثمن اه غاية (قوله لا يبيعه من راحة حتى يبين) أي لانه صار مقصوداً نظراً بالاتلاف اه غاية (قوله ولم يبين خيراً للمشتري) أي فان شاعروا وان شاء قبل اه هداية (قوله وباع أحدهما من راحة على غنهما) أي وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا اه اتقاني (قوله فيثبت له الخيار عند عمله بمثل هذه الخيانة) أي كافي العيب اه هداية (قوله فاذا هلك أو استهلك المشتري) أي بوجهه بأن باعه أو بوجه آخر اه غاية (قوله لم يبق له الخيار) أي ولم يرجع بشيء اه اتقاني

(قوله نظرا لحاتب عدم المالية في الاجل حقيقة) قال الاتقاني والاجل لا يقابل شي من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعثا شبهة الحياة كان له أن يفسخ البيع ان كان المبيع قائما فاما أن يسقط شي من الثمن بعد الهلاك بمقابلته الاجل فلا اه (قوله بل يلزمه جميع الثمن) أي حالا كافي المراجعة اه اتقاني (قوله وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويترك كل الثمن الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن محمد أنه قال المشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كافي التحاق والتراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك ههنا وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جياذ فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى أنفقها يرد زيوفا مثلها ويأخذ الجياذ اه (قوله في المتن ومن ولي) أي باع له بالتولية اه (قوله بما قام عليه الخ) المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والقتل اه اتقاني (قوله في المتن ولو علم في المجلس خيرا الخ) ان شاء أخذوا ان شاء ترك اه (قوله ونظيره بيع الشيء (٧٩) برقه) أي بعلامة أعلمها البائع على

التوب أن غشه كذا فانه معلوم عند البائع ومجهول عند المشتري وكان البيع فاسدا لجهالة الثمن اه اتقاني (قوله وانما يخير لخلل في رضا الخ) قال الاتقاني وانما وجب الخيار لخلل في الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع في خيار الرؤية وهذا في معناه فكان ملحقا به اه

فصل قال الاتقاني رحمه الله مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقبدا بوصف زائد أشبهت المراجعة والتولية من حيث ان فيهما قيدان اذ ادعى أصل البيع ولا كنهها ليست بمراجعة ولا تولية ففيه

نظرا لحاتب عدم المالية في الاجل حقيقة أو نقول تعذر الراد بالهلاك فبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية قال رحمه الله (وكذا التولية) أي التولية مثل المراجعة فيما ذكرنا من الخيار مادام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا كان عشرة جياذ وعلم بعد الاتفاق يرد مثل الزيوفا ويرجع بالجياذ وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن حال و بثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما لا تعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معناه متعارف بينهم أن يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على أنه يبيعه مراجعة بلا بيان لان الثمن حال وانما سأل البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا فاحشاله أن يرد على بائعه بحكم الغبن وقال أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا وبقي برواية الردة فبالنسب وكان صدرا لاسلام أبو اليسر يفتي بان البائع ان قال للمشتري قيمة متاع كذا أو قال متاع يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك وظاهر بخلافه الردي بحكم أنه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كنهما كان والصحيح أن يفتي بالردان غره والا فلا قال رحمه الله (ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رحمه الله (ولو علم في المجلس خير) لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا أنه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا للسر فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا كما في غير القبول الى آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الابتداء أو ما بعد الاقتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالاقتراق وهذا فساد لا يمتثل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقه فان البيع فيه فاسد فان أعله البائع في المجلس صح والا فلا وانما يخير لخلل في رضا لان الرضا بالشي لا يتم قبل العلم به

فصل قال رحمه الله (صح بيع العقار قبل قبضه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيئا فلا تبعه حتى تقبضه رواء أجد ولأنه لا يقدر على

بالفصل لهذا اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال الاتقاني وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي كذا قال في شرح الطحاوي وصحة القبض بأحد الأمرين اما بالتولية كما في المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما في المنقول وجه قول محمد عموم النهي وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عماله يقبض وهو بمعمومه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيه ما جميعا ولان المقصود من البيع الربح وورج مالم يضمن منه شرعا والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما في المنقول لانه لم يدخل في ضمانه ولهذا لا يجوز تجارته قبل القبض اه (قوله ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه) والاصل فيه ان لا ينسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبذل الخلع والعقود بدل الصلح عن دم العبد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا يتقضى العقد ويكون على الذي بطله قيمته اه

(قوله وبذل الصلح عن دم العبد) أي فإن التصرف فيها جاز قبل القبض اه (قوله وهذا لان هلاك العقار نادرا الخ) قال الاتقاني ولنا أن دكن البيع صدر من أهله مضافا الى محله جاز وانما يجوز بيع المنقول قبله لتوهم انفساخ العقد به لانه المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى لا يوجد في العقار لانه لا يرد عليه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء والرمل أو تخريب القار والنادر لا يعتد به اه (قوله بان كان على شط النهر ونحوه) أي بان كان على طرف المغارة الغالب عليها الرمل اه اتقاني وكسب مانصه وكذا اذا كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه اه محيط (قوله وما رواه معلول الخ) قال الاتقاني والجواب عن الحديث فنقول المرائع منه بيع المنقول وما يمكن قبضه بالبراجم لانه هو القبض في الحقيقة يدل عليه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى تحوزها التجار الى رحالهم لان الحوز الى الرحل لا يكون الا في المنقول ولانه عام مخصوص ألا ترى أنه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيختص بالمنقول لانه هو المراد اجماعا وفي غيره خلاف ولان القياس أن يجوز بيع المنقول قبل القبض أيضا لدلائل جواز البيع من الكتاب والسنة والاجماع الا أنه ترك القياس بالحديث فلم يجوز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد به لانه المبيع لان العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم حمل على أخص الخصوص ثم قال الاتقاني (٨٠) فان قلت في العقار أيضا يتوهم انفساخ العقد بان يرد بالعيب قلت لا يستقيم ذلك لانه حين

جاز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشتري الثاني فبعد ذلك لا يقدر المشتري الاول على رده بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض أيضا بظهور الاستحقاق فكيف لم يلتفت اليه قلت لان الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فمما قبل القرض لان المراد به أخص الخصوص لما قلنا على أنا نقول يلزم حيثئذ أن يكون باب البيع مسدودا وهو مفتوح بدليل جواز البيع اه (قوله في المشتري لا يبيع المنقول) قال الاتقاني رحمه

تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبذل الخلع والعنق وبذل الصلح عن دم العبد وهذا لان هلاك العقار نادرا ولا يمكن تعييبه ليصيرها لكا كما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض فالو لا يجوز بيعه وذلك بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد به لاله قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر انفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على أنه معلول به أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه والفقهاء فيه أن المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف قلنا أن نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما أن المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادرا لانها بمنزلة المنقول قال رحمه الله (لا يبيع المنقول) أي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم وأجد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فبين أن باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقدا الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الاصل كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للنسخ فلم تنفذ في حق البائع نظرا له وان نقدا الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم

الله ولان في المنقول غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فبين حيثئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه يجوز وذلك مفسد للعقد وقد روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوى عنك علمه ووجه القول فيه ما قال صاحب الايضاح أن كل عوض ملك بعتد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجوز التصرف فيه كالبيع والاجرة اذا كانت عينا وبذل الصلح اذا كان معيانا وما لا ينفسخ العقد به لاله كالتصرف فيه جاز قبل القبض كالمهر وبذل الخلع والعنق على مال وبذل الصلح عن دم العبد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته اه (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد) أي العقد الاول وفسره بعض الشارحين بقوله أي العقد الثاني وكأنه سهو القلم أو غلط في الاصل اه غايه (قوله وفسره بعض الشارحين) أراد به صاحب النهاية اه (قوله وفي المحيط لو باع غير المنقول الخ) قال شيخنا صلاح الدين رحمه الله في حواشي ابن فرشتا بعد أن ساق ما نقله الزيلعي عن المحيط مانصه الطاهر أن لفظة غير في قوله لو باع غير المنقول زائدة لان صاحب المحيط قال ويجوز بيع العقار قبل القبض الخ ثم قال ثم ان كان المشتري الاول نقدا الثمن فالبيع الثاني نافذ الخ وهذا الخاتمة تأتي في المنقول اذ يبيع العقار جاز من غير توقف على نقدا الثمن لكن لما ذكره عقيب تقرير العقار توهم الشارح أن ذلك في غير المنقول وليس الامر كذلك والله أعلم (قوله ولو وهب المبيع قبل القبض الخ) قال في شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صح الوصية

بالاجماع لان الوصية أخذت الميراث ولومات قبل القبض يكون موروثة فالورثة فكذلك الوصية اه اتقاني (قوله ولو وهب المبيع من البائع الخ) ولورهنه من البائع لا يصح لان البائع لا يصلح نائباً عنه في القبض اه محيط (قوله بخلاف البيع) أي فانه لا يحتمل الجواز عن الاقالة لانه ضدها اه (قوله في المتروك ولو اشترى مكيلاً الخ) قال الاتقاني وصورته المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال اذا اشتريت شيئاً بمكيال أو بوزن أو بعت فاشتريت ما يكال كيلاً أو ما يوزن وزناً أو ما يبعد عدداً فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعدده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن وان اشتريت مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ذكر أولاً أنه لا يبيع العددي اذا اشتراه عدداً حتى يعبئه ولم يذكر أنه لو باعه قبل العتما حكه وقال أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الامالي فقال في قول أبي حنيفة لا يجوز في قول أبي يوسف يجوز وأبو حنيفة جعل ذلك العدد بمنزلة الكيل والوزن وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد بن أبي يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا في شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولا يكن ذلك الامام الاسيحي في شرح الطحاوي قول محمد بن أبي حنيفة ثم اعلم أن الاموال ثلاثة أقسام مقتدرات كالكيل والوزن وعدديات ومذروعات ففي القسم الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون بائعاً ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال اشتريت على أنها عشرة أفقره أو على أنه كذا من المبيع تجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (٨١) أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجزى

يخرج عند أبي يوسف لانه عدة تعليق بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات
لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نايبا عن المشتري في القبض فيصير قبض المأمور قبضه أو لا يحكم
النيابة ثم يصير قبضه لنفسه بالتعليق بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتعليق المبيع قبل قبضه
فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز كييع العين اتمكن غرر
الانقضاء فيها بهلاك العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ألا ترى
أن العين لو هلك انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامه المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع
جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الا بقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانها لا يدري أحية هي أم ميتة ولو وهب
المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع
الاول والفرق أن الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ذنبي وأقلني عثرتي بخلاف البيع قال رحمه الله
(ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود) أي لو اشترى المكيل بشرط
الكيل أو الموزون بشرط الوزن أو المعدود بشرط العدل لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد
وان كان بعد القبض لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع

(قوله في المحبط لو كان المكيل والموزون غشياً) أي بان باع شيئاً بمكيل أو موزون في الذمة وأما إذا كانا مشاراً اليهما فلا يجوز التصرف فيه ما قبل القبض اهـ (قوله (٨٢) والحديث محمول الخ) قال في المستصحب ومجمل الحديث اجتماع الصفتين بشرط

المكيل وصورة رجل أسلم في كره فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء لم يكن قضاؤه أن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فأكاله ثم أكال لنفسه باز كذا في الجامع الصغير والمبسوط اهـ **فرع** استقرض ثم قضاء فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف بأكيل بخلاف البيع اهـ منية (قوله في المستن لا المذروع) قال الاتقاني رحمه الله وأما المذروعات كالنوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلاً فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس بثابت لان الذرع صفة تلك تلك الأصل لا بقاءه شيء من الثمن اهـ (قوله في المتن وصح التصرف في الثمن الخ) اعلم أن التصرف في الاثمان وسائر الديون من المهر والابرة وضمنان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضاً ذلك في البيع المنقول الا أنه ترك ذلك

البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن عثمان أنه قال كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وأبيعه بريح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان إذا ابتعت فأكل وإذا بيعت فكل رواه أحمد ولان الكيل والوزن والعقد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما ينافي كذا تعلمه ولأنه يحتمل أن يريد على الشروط وذلك للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باع مجازفة لان الزيادة له إذا وجدته أكثر من كيل البائع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع غشاً لان الزيادة له إذا الذرع وصف فيه بخلاف ما إذا بين لكل ذراع غشاً لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما ينافي فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدور وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيها بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما أخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم يأخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون غشياً يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه أولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطاً لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوماً ولا تسليم الا بحضرة ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحح أنه يكتفي به لان المبيع صار معلوماً بكيل واحد ونحو تحقيق معنى التسليم والحديث محمول على ما إذا اجتمعت الصفتان على ما بينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كاللذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدراً لا ترى أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً كاللذروع وجه الاول أن المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما يتعلق به الفساد وهو وجه الالمبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزاً على أنه ألف فوجدته أكثر يرد الزائد وان وجدته أنقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبني على المماثلة بدليل يوجبها وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراء فاسداً فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثاني جائز لان الملك في البيع الناسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدراً المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظيره من استقرض طعاماً بكيل ثم باعه مكيالاً لا يحتاج الى إعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع قال رحمه الله (لا المذروع) أي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجدته زائداً أو ناقصاً هذا اذا لم يسم لكل ذراع غشاً وان سمي فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح التصرف في الثمن قبل قبضه) لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانقراض ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضموماً عليه فيلحقان قصاصاً وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه اذا الكل معاوضة وقد روى عن ابن عمر أنه قال كنا نبيع الابل بالبيع فأنخذ

الحديث وهو مملوك بل بغير انقراض العقد ولم يوجد هذا المعنى في الاثمان والديون فانه الاتقاني ثم قال وأما الميراث مكان فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف الموروث في الملك وكذا الموصي له لان الوصية أخت الميراث اهـ

مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوز له رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ خلاف جنسه لانه وان كان ديناً جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكك من عليه الدين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله (والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع وتعلق الاستحقاق بكماله) أي يجوز للشري أن يزيد في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد في المبيع ويلتحق بأصل العقد وتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للشري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة والبائع أن يجبره حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الخط وقال زفر والشافعي لا يضمن على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمة اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الخط لان جميع الثمن صار مقابلاً لجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برامبتداً ألا ترى أن الزيادة في المهر لا تلحق بأصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حظ الكل لا يلحق بأصل العقد بل هو برامبتداً فكذا لبعض اعتبار الجزء بالكل ولنا أنهم ما بالخط والزيادة بغير ان العقد من وصف مشروع والى وصف مشروع وهو كونه خاسراً أو راجحاً أو عدلاً ولهما ولاية ذلك ألا ترى أن لهما أن يجعلاه لازماً باسقاط الخيار أو غير لازم باشتراطه بعد أن وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقابل فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفه فإذا صح ولحق بأصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة أي في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد تحكم المفروض في العقد لا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لم يسم في العقد شيئاً ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه ولا المحطوط ثمة غير خارج عن العقد بخلاف حظ الكل لانه تبديل لصله لانه يتقلب هبة أو بيعاً بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصد هبة التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤول الى تبديله فلا يلحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمراجعة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الخط ويظهر أيضاً في الشفعة حتى يأخذ بما بقي بعد الخط وانما يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه ألا ترى أنه ينتقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ ويظهر أيضاً فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كما له ان يطالب بالزيادة ويظهر أيضاً في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر قبض المزيد في الزيادة أو المردود في الخط ففسد العقد كأنهما عقداً كذلك من الابتداء وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الخط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد في الزيادة مثل قول أبي يوسف وفي الخط يكون هبة مبتدأة ويظهر أيضاً فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن الحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن به لا كما قبل القبض والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة فإذا صححت زالت الضرورة فزال التبعية وبقيت الاصلية في حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقديروا العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جميعاً وأما الزيادة المتولدة بعد وقت العقد فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل لا بالعقد فإذا قبضها صارت أصلاً بالقبض لان القبض شبه بالعقد فيصير

(قوله في المستن والزيادة فيه والخط منه والزيادة في المبيع) ذكر المصنف رحمه الله الزيادة في الثمن والخط منه والزيادة في المبيع وسكت عن الخط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال في المحيط اشترى قفيز خنطة بعينه فخط عن البائع ربعة قبل القبض لم يجز لانه عين واسقاط العين لا يصح ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم خط عنه ربعة قبل القبض جاز لانه دين واسقاط الدين يصح اهـ وكتب مانصه ويشترط القبول في مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى اقترقا بطلت وكذا الزيادة في المهر اهـ طرسوسي (قوله بتسليم ما بقي منه) أي الثمن بعد اهـ اتقاني (قوله وتظهر أيضاً فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري) أي وكذا اذا استحق يرجع على البائع بما بقي بعد الخط اهـ مستصفي

(قوله ثم الزيادة لا تصح الخ) والنصرانسان اذا نيا بيعا خرا ثم أسلم الم تجوز الزيادة في الثمن لانه كالمالك في حق المسلم اه اتقاني (قوله ثبت ثم يستند) أي ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها اه (قوله وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها) أي وكذا بعد الطلاق البات وبعد انقضاء عدتها في الطلاق الرجعي اه أنفع الوسائل (قوله في الممن وتأجيل كل دين غير القرض) قال في المستصفي فان تأجيله لا يصح حتى يثبت له ولاية المطالبة في الحال اذا أجله عند الاقراض متقعة معلومة أو بعده اه وكتب مانصه قال الطحاوي في مختصره في باب المضاربة ومن كان عليه دين (٨٤) من غير قرض فأخره الى أجل لزمه التأخير فصار كانه كان في أصله مؤجلا وان كان من قرض لم يجز ذلك حالا اه وكتب أيضا مانصه قال في شرح الأقطع قال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقاني (قوله فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح) أي ومجيء الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقاني (قوله جاز كما في الكفالة) أي بخلاف البيع الى الحصاد والدياس والجداذ فانه يفسد البيع لانقضائه الى المنازعة وقد بينا ذلك في آخر البيع الفاسد وهو المراد بقوله وقد ذكرنا من قبل اه اتقاني (قوله فان المعبر اذا وقت) أي الى سنة اه مستصفي (قوله له أن يرجع فيه) أي من ساعته اه مستصفي وكتب مانصه والحيلة في صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فانه يصح اه فصولا لمادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى في باب الكفالة من هذا الشرح أنه اذا تكفل بالمال الحال

لها حصته من الثمن حتى لو وجد بأحد هما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للولي ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الخط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط وفي رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمسئلة الخط لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها بأصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة بالثمن والثلث قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت بمقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه يتبدل بسبب الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه هالك كالحاكم ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصب أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلحق الخط بأصل العقد اذا لم يكن المخطوط تبعا ووصفا ما اذا كان تبعا فلا يلحق بأصل العقد حتى لو اشترى دارا بألف جياذ فنقد زيوفا أو نهر جنة ورضي البائع بذلك فان الشفع لا يأخذه الا بالجياذ وكذا لو اشترى دارا بعد فاعور ورضي به البائع فان الشفع يأخذ الدار بقيمة العبد ههنا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معلوم حقيقة وانما جعل موجودا في النعمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بملك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعا للنكوة قال رحمه الله (وتأجيل كل دين غير القرض) أي يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله أن يؤخره ألا ترى أنه عليك اسقاطها بالابراء فأولى أن عليك اسقاطها مؤقتا بالتأجيل ولو أجله الى أجل مجهول يتقرر ان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتأجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التأجيل خلافا للمالك هو يقول انه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كما في سائر الديون ولنا أن القرض اعارة وملا ببدء اه هذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة ومعاضة انها حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كلاعارة فان المعبر اذا وقت له أن يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل لان الجنس باقرا منه يحرم النساء لاسيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لم فيها صار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا أوصى بان يقرض فلان من ماله ألف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه موصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظر الموصى ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

لم يجز ذلك حالا اه وكتب أيضا مانصه قال في شرح الأقطع قال زفر لا يلحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقاني (قوله فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح) أي ومجيء الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقاني (قوله جاز كما في الكفالة) أي بخلاف البيع الى الحصاد والدياس والجداذ فانه يفسد البيع لانقضائه الى المنازعة وقد بينا ذلك في آخر البيع الفاسد وهو المراد بقوله وقد ذكرنا من قبل اه اتقاني (قوله فان المعبر اذا وقت) أي الى سنة اه مستصفي (قوله له أن يرجع فيه) أي من ساعته اه مستصفي وكتب مانصه والحيلة في صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر دينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فانه يصح اه فصولا لمادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى في باب الكفالة من هذا الشرح أنه اذا تكفل بالمال الحال

مؤجلا الى شهر يتأجل على الاصل أيضا اه ومثله في الكافي ولكن الشارح لم يذكر محيله في تأجيل القرض وكذا في الكافي اه باب (قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز الخ) قال في المستصفي وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة والتأجيل انما يكون في حالة البقاء فلهذا لا يصح أو يقال ان بدل القرض في الحكم كله عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وأنه حرام واذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت في العواري غير لازم فكذا الاجل في القرض ولو صححنا على معنى أنه يصير لازما لا نخر جناه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض في حكم عينه فيكون مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وأنه حرام وهذا الوجه أوجه اه

باب الرابع

الرب باسم من رب الشيء يربوا إذا زاد المصدر ربا اه عني ذكر الربا وهو منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا الربا بعد ما ذكر أبواب البيع وهو مأثور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لان النهي يقتضوا الامر لان الامر طلب الايجاد والنهي طلب الاعداد واعداد الشيء يقتضي سابقة وجوده لا محالة اه اتقاني وكتب ما نصه اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النسيئة فالاول فضل مال على القدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس والثاني فضل الحول على الاجل وفضل العين على الدين في المكييلين والموزونين عند اختلاف الجنس أو في الجنس غير المكييلين والموزونين اه اتقاني وكتب أيضا على قوله باب الربا ما نصه هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فتناسبه بالمراجعة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهيّة والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وقحها خطأ اه فتح (قوله وسمى المكان المرتفع ربوة) قال في المصباح والربوة المكان المرتفع بضم الراء في الاكثر والفتح لغة بنعيم والكسر لغة اه (قوله والشعير بالشعير والتمر بالتمر) وتخصيص هذه الاشياء الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكاسنة يومئذ بين المسلمين كان فيها اه كمال (قوله في المتن وعلة) قال في الهداية قاله الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل اه قال الكمال (٨٥) وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ما ليس

باب الربا

قال رحمه الله (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما آتيتكم من ربا إلى قوله فلا يربو عند الله وسمى المكان المرتفع ربوة لزيادة على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فخاروي عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن اكل الربا وموكله وشاهديه وكتبه رواه أبو داود وأحمد والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمالح بالمالح مثلاً بمن يدا بيد فخر زاد أو استزاد فقد أربى الاخذ والمعطى فيه سوا رواه البخاري وأحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية رواه أحمد وأجمع الامة على تحريمه حتى يكفر باحده قال رحمه الله (وعلة القدر والجنس) يعني بالقدر الكيل في المكييل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطم بانفراده في الأطعمة والتمنية بانفراده في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلاً بمنسل وكان طعامنا يومئذ الشعير واه مسلم وأحمد وجه الاستدلال به أن الطعام مشتق من الطم فذكره يدل على أنه علة أذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن ما أخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد

رحمه الله وكتب أيضاً ما نصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر ان الخبر غير معول ولا يجري ربا إلا في هذه الاشياء الستة المذكورة في الخبر اه اتقاني قال الكمال قوله والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معول باجماع القائسين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلاهم ينفون القياس وأما عثمان البتي فلاه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معول ولم يظهر هنا ولاه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من القواسق اه (قوله وعند الشافعي العلة الطم بانفراده الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في التفتة تظهر في موضعين أحدهما في بيع مطعوم بجنس غير مقدّر كبيع الحفنة بالحفتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عندنا لوجود العلة وهي الطم والثاني في بيع مقدّر غير مطعوم كبيع قفيز بجنس بقفيزي جنس أو من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجنس لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعندنا يجوز لعدم العلة وهي الطم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعندنا يجوز لعدم التمنية والطم وأجمعوا أنه اذا باع قفيزاً بقرقازي لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطم والجنس عنده وكذا أجمعوا أنه اذا باع من زعفران بمنوي زعفران أو من سكر بمنوي سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطم عنده اه (قوله والجنس شرط عنده) أي لعل العلة عملها لان الطم والتمنية لا تعمل الا عند وجود الجنس اه

وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليس من أحوال الربا اه وكتب ما نصه ثم اعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبادة معول أم لا قال القائسون بأجمعهم انه معول لكنهم اختلفوا في العلة فقال أصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكييل أو موزون قول بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجنس والنورة ونحوهما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنجاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اه اتقاني

(قوله أبي سعيد الخدري) لفظ الخدري ليس في خط الشارح اه (قوله استعمل رجلا) يقال له سواد بن غزية اه (قوله فقال لا تفعل
بع الجمع) قال في المغرب والجمع (٨٦) الدقل لانه يجمع ويخلط من غرضين نخلة وقيل كل لون من النخل لا يعرف اسمه

السرقه ولزنا ولان قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبعوا الذهب بالذهب الامثلا
بعث الحديث يدل على تضيق تحصيله لان الابتداء بالنهي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز
معارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو اقتصر على قوله لا تبعوا لما جاز بيعه وتعلق جوازه بشرطين
بدل على عزته وخطره ذلك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعله تناسب
العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء النفس به والتمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها
بها ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقيق لكن الحكم لا يثبت الا عند
اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجح مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة
ان العلة ماثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال
مالك العلة الاقياس والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روي بنا كل مقتات ومدخر ولان
العزة والخطره أكل فكان أنسب وأولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وأنس أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال ما وزن مثل بعث اذا كان نوعا واحدا وما كيل قبل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه
الدارقطني وجه التمسك به انه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم
لما عرف أن ترتيب الحكم على الاسم المشتق نفي عن عليه ما أخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره
المكيل والموزون مثلا بعث بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث أبي سعيد وأبي
هريرة فيما رواه البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاءهم بتمر خنب فقال
أكل خير هكنا فقال انا بأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع
بالدراهم ثم اتبع بالدراهم جنيا وقال في الميزان مثل ذلك أي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من أموال
الربا وهو أقوى حجة في عليه القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة
عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبعوا
الدراهم بالدراهم ولا الصاع بالصاعين المراد ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحل
فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم
كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تتم لاهر زائد عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشتركها في هذا المعنى فيعم
ولان المقصود التماثل اذ لا يبيع نبي عن التقابل وذلك بالتماثل واعتباره الشارع فأوجب صيانة لأموالهم
عن التوى وتيمم اللفظة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا
الحال خير من المؤجل فتقوت به التسوية وفائدة المبايع لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد
بقوله عليه الصلاة والسلام مثلا بعث فعند فواته تلزم الحرمة وهو المراد بقرينة قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا
فيعلل بعله تؤثر في ايجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لان ما يوجبانه اذا التماثل بين شيئين يكون
باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالعيار يسوى الذات والجنسية تسوى المعنى
لاستوائهما في المقصد ألا ترى أن كيلا من ريساوى كيلا من أرز أو شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا
ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه كلما يوجد فيه غير متفاوت فاشترط التساوي
فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقبيات والتمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع
والحاجة اليها من أشد الحاجات وأهمها فسنه الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضيق ألا ترى
أن الميتة أباحها عند الحاجة وكذا أجاز الانتفاع بالغنمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة

فهو جمع ثم غلب على التمر
الردى ومنه الحديث بع
الجمع بالدراهم ثم اتبع
بالدراهم جنيا والجنس
من أجود التمر اه وقال في
المغرب أيضا الدقل من أرد
أالتمراه (قوله قال لا تبعوا
الدراهم بالدراهم) أي
ولا الدينار بالدينارين اه
غاية (قوله المراد ما يحل
الصاع) أي ويجاوزه مجازا
اه اتقاني (قوله اذ لا يجري
الربا في نفس الصاع) أي
لان بيع المكيل بمكاليين
يجوز بالاجماع اه اتقاني
(قوله فيتناول المطعوم وغيره)
والدليل على فساد علة أنه
يجوز بيع الحيوان بالحيوان
متفاضلا مع وجود الطعم
ويجوز عندهم بيع الرطب
على رأس النخل بالتمر على
وجه الأرض فيما دون
خمس أوسق وان كان
مطعوما متفاضلا اه غاية
(قوله وهذا لان الحقيقة
انما تتم لاهر زائد) وذلك
اما الالف واللام أو لفظ
الجمع أو الجنس اه من خط
الشارح (قوله ولان المقصود)
أي المقصود من قوله عليه
الصلاة والسلام الخلطة
بالخلطة ايجاب التماثل
لا ايجاب البيع اه (قوله
صيانة لأموالهم عن التوى)

لان أحد البديلين اذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خاليا عن العوض وفيه تلف الزائد فاشترط المماثلة حتى تصان عادة
أموال الناس واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا أي الفضل على التماثل ربا أي ان الذي نطق به القرآن بقوله وحرم
الربا المراد به هذا الفضل اه اتقاني (قوله والطعم والاقبيات) هذا جواب عن متمسك الشافعي اه

(قوله ولا تسلم أن حرمة البيع أصل الخ) قال الاتفاق في روجه الله عند قوله وإذا عديم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لأن الأصل في البيع الحل لقوله تعالى وأحل الله البيع وانما الحرمة بعارض علة الربا وهي القدر والجنس فإذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا بالحل الأصلي اه (قوله كالحقنة من الحنطة الخ) والجنس حقنات ليست حقنات إذا لم تبلغ نصف الصاع اه (قوله في المتن فحرم الفضل الخ) قال الكمال رحمه الله وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن يسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كاسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة فلا يسلم سيفاً فيما يوزن جازاً إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لا اتحاد الجنس وكذا يجوز بيع أناه من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلاف معن الذهب والفضة فإنه يجري فيه الربا بالفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها في ما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدينار لاختلاف طريقة الوزن أجب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعینان للثمنية وهل يجوز بيع أقل إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بمن مؤجل وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي ينبغي أن ينقد بيعاً بمن مؤجل اه (قوله والنساء) بالمذليس غير اه كمال

(٨٧)

(قوله كالهروى بالهروى)
قال الكمال وكذا إذا باع
عبداً بعبد إلى أجل لوجود
الجنسية ولو باع العبد
بعبدين أو الهروى
بهروين حاضراً جاز اه
وكتب ما نصه قال في شرح
الطحاوي انه اذا باع ثوباً
هروياً بثوب هروى أو
مروياً بمروى نسيئة لا يجوز
عندها ويجوز عندهم وكذا
لو باع حيواناً بحيوان
فهو على هذا الاختلاف
وأجمعوا أن التفاضل
يحل وكذلك اسلام
المكيلات في المكيلات
والموزونات في الموزونات

عادة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهوا واما الماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه أكثر فعمله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضى خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا تسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف الكساح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزاً له لشرف الأذى فعلم بذلك أن قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصاً فهو مخلص في حالة التساوى وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشئ الواحد يتضمن حكماً متضادين في محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوح والحرمة في أمهات فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوى وهو المراد بقولناهما علة الربا والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله من لا يملك ما لا يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وأن الاموال الربوية هي التي تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية اذا الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحقنة من الحنطة والشعير وكذلك من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال رحمه الله (حرم الفضل والنساء بهما) أى بالجنس والقدر لما بينهما علة الربا قال رحمه الله (والنساء فقط بأحدهما) أى حرم التساوى وحل التفاضل بوجود أحدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير والجنس دون القدر كالهروى بالهروى لقوله

نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم في المطعوم نسيئة لا يجوز كالحنطة في الشعير وجوابه أن التفاضل في بيع الطعام شرط عندى ولم يوجد التفاضل ففسد العقد بهذا لكونه نساء قال صاحب الايضاح وهذا خرق لأجماع الصحابة فانهم اتفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعى في أن الجنس بافتراده لا يحرم النساء ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فأمر في أن أشتري بعيراً يبعين الى أجل ولأن حقيقة الفضل لا تحرم بالاجماع وهذا لا يجوز بيع الواحد بالآخر كالهروى بالهروى والمروى بالمروى فلا تخرم شبهة الفضل وهي فضل الحلول على النسيئة أولى وأحرى ولنا ما روى أبو داود في السنن وقال حدثنا موسى بن اسمعيل قال حدثنا جاد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولأن الجنس أحد وصفي علة الربا فيعتبر في تحريم النساء كالوصف الآخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فإذا وجدت علة حقيقية بوجود وصفي العلة تثبت حرمة الربا حقيقة وإذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفي العلة تثبت شبهة الربا واحترازاً عن شبهة الربا واجب كالا حترازاً عن حقيقة الربا لان الشبهة في باب الحرمات ملحقه بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفي علة الربا من القدر والجنس إذا وجد كان ذلك مال الربا من وجه الحصول التساوى بينهما من وجهه اما إذا تبا بالكيل أو معنى بالجنس والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى فيثبت به الزمان وجهه لان الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه

والجواب عن الحديث قيل انه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الزبا اه
 اتقاني (قوله ولان اجتماعهما حقيقة) أي القدر والجنس اه (قوله فيحرم بحقيقة العلة) وذلك بوجود وصفي العلة اه (قوله ويحرم
 بشبهة العلة) وهي أحد وصفي العلة اه (قوله فلا يلزم المحذور) أي وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اه (قوله اذا التقدان بوزنان
 بالصنجات) أي والمناقيل والزعفران وأمثاله بالامانة والقيان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران
 ونحوه يتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى والتصرف في النقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشترى دفاتير
 أو دراهم موزونة وقبض كل له أن يبيعه موازنة بدون إعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن اذا اشترى موازنة وهذا اختلاف
 بينهما حكما اه اتقاني (قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكم) هذا على طريق اللبس والنشر فقوله صورة يرجع الى أن القطن يوزن
 بالامانة والنقدين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع الى قوله يتعينان بالتعيين وقوله وحكم يرجع الى قوله ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن اه
 (قوله في المتن وحلا بهما) كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالشوب الهروي بالمروى
 والجوز بالبيض والحيوان بالثياب ويجوز (٨٨) نسيئة أيضا اه غاية (قوله وصح بيع المكيل كالبر والشعير الخ) اعلم أن ما كان مكيلا

أو موزونا على عهد رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا يغير
 أبدا عن ذلك بل يعتبر ما كان
 مكيلا في عهد مكيلا وبشروط
 فيه التساوى بالكيل
 ولا يلتفت الى التساوى في
 الوزن دون الكيل حتى
 لو تساوى الخنطة بالخنطة
 وزنا لا كيلا لم يجوز وكذلك
 الشعير بالشعير والتمر بالتمر
 والملح بالملح وما كان موزونا
 في عهده يعتبر موزونا أبدا
 ولا يلتفت الى التساوى في
 الكيل دون الوزن حتى
 لو تساوى الذهب بالذهب
 كيلا لا وزنا لم يجوز وكذلك
 الفضة بالفضة وذلك لان
 طاعة النبي صلى الله عليه

عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح
 مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد
 وغيرهما من أئمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة
 حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه يشبه
 الفضل فليس يتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال أحدهما بحرمة العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء
 منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان
 كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحذور ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه وان
 لم يجمعهما جازا للنساء أيضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذا التقدان بوزنان
 بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من
 الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل على ذلك عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال
 من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في
 رأس المال ولو لم يجوز لكان رداله بالرأى وهو لا يجوز قال رحمه الله (وحلا بهما) أي حل التفاضل
 والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذا لاصل الجواز على ما بينا والحرمة تعارض فيجوز
 ما لم يثبت فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجري على إطلاقه فيما
 لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح
 والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بحسنه متساويا لا متفاضلا) أما بيع المكيل والموزون غير
 المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبيناه أحكامه وأما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل

وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله الرطل
 حسن قال القدوري وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا الماروي ينام الحديث وروى عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على
 خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجريان العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك واذا تبدلت
 العادة يؤخذ بها وتترك تلك العادة في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الخنطة بالخنطة مع التساوى في الوزن دون الكيل لم يجوز
 عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوى في الكيل دون الوزن لم يجوز عندهما وان كان العرف يجري بوزن الخنطة وكيل
 الذهب اه اتقاني قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكمال لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع
 والسرج الى المقابر الى العيبد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجة العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص
 حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي
 المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الخنطة الربعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز اه وقوله ولان حجة العرف
 الخ فيه تأمل يجب تحريره اه اق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال في الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع
 بالواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكيال اه

(قوله فيكون مجازة فيبطل) أي المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العدة فإذا عُدت المساواة يثبت العقد ويثبت الملاك للمستري بالقبض اهـ كافي في الأكرام اهـ (قوله لا يجوز بالاواق) أي المقدّر بالاواق اهـ اق وكتب على قوله بالاواق أي بالكيل الاواق اهـ (قوله اذا فرق بين كيل وكيل على ما يناسب) ويمكن الجواب عنه بأنه انما جاز بالكيل الاواق (٨٩) دفع الحرج فتروهم الفضل بالوزن لا يعتبر

بخلاف الكيل المجهول فإنه لا ضرورة فيه اهـ (قوله ولو اعتبر لانسداد البياعات) وهو مفتوح لان الخطة لا تكون مثلاً لخطة أخرى من كل وجه اهـ اتقاني (قوله الاهاه وهاء) على وزن هاع بمعنى خدمته والقصر خطأ اهـ اتقاني قال الكمال وهاء معدود من هاء وألف وهمة بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربها لا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ اهـ (قوله بخلاف الصرف) لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الاتقاني رحمه الله ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يبدأ عبادة عينا بعين بدليل ما روى الطحاوي مسنداً الى عبادة ابن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا السبر بالسبر ولا الشعر بالشعر ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فعلم أن المراد من البدلaid التعيين الآن التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر آنفاً لهذا

الرطل فإنه يعتبر موزوناً لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فإنه موزون غير أنه لم يستمسك الا في وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالارطال والامناء كما كتفى به دفعاً للحرج فبقى موزوناً على حاله ثم قال في الهداية واذا كان موزوناً فلو بيع بمكيل لا يعرف وزنه بمكيل مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازة معناه أنه اذا باع ما يباع بالاواق بكيل غيراً واق سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بكنيل لم يقدر بالاواق فيكون مجازة فيبطل لجواز التقاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشئين اذا استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضاً ولا تأثير لكون المكيل معلوماً أو مجهولاً في ذلك اذا لا يختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الاسيحي في فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلاً في الكيل متساوياً في الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه الا الوزن غير أنه يؤدي الى أنه لا يجوز بالاواق أيضاً اذا فرق بين كيل وكيل على ما يناسب ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل قال رحمه الله (وجيده كدبته) يعني جيد مال الربا ورديته سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالاخر متفاضلاً لئلا يهمل صلى الله عليه وسلم عن ذلك فيما رويناه من حديث أبي سعيد وأبي هريرة حين قال له الرجل انا تأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بيع الجمع بالدرهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتاً عادة ولو اعتبر لانسداد البياعات على ما يناسب قال رحمه الله (ويعتبر التعيين دون التقاض في غير الصرف) وقال الشافعي يعتبر التقاض قبل الاقتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما رويناه من حديث عبادة بن الصامت فإنه شرط فيه أن يكون يبدأ بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب ربا الاهاه وهاء والورق بالورق ربا الاهاه وهاء والبر بالبر ربا الاهاه وهاء والشعر بالشعر ربا الاهاه وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاه وهاء رواه البخاري ومسلم وأحدوه عنهما أن هذه البياعات لا تجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ والمراد به بقوله يبدأ بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالإشارة كالمصوغ منهم ما لان قوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بيد لفظ واحد لا يجوز أن يراد به القبض في حق النقيدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرفت أو المشترك لا عموم له وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولانه يؤدي الى تعاقب القبض بان يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل وهذا لان القبض من ربة على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالنوب ونحوه اذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روى التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لان الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الأصل اذا شبهة في الحرمان لمطابقة الحقيقة قال رحمه الله (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمر بالتمرتين) لان هذه الاشياء

(١٣ - زيل في رابع) اشترط التقابض اهـ (قوله وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالاً بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل حال عن المعاملة كان العقد جازاً كما في بيع العبيد والاداب بجنسه وبغير جنسه اهـ (قوله في المتن وصح بيع الحفنة) أي وهي مل الكفن اهـ مصباح وعند الشافعي لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم التخلص وهو المساواة اهـ اتقاني

وسأتي في كلام الشارح بعينه اه وكتب على قوله والحفنة مائه قال في الصماح الحفنة مل الكفين من طعام أو غيره ومنه انما نحن حفنة من حفات الله أي يسير بالاضافة الى ملكه ورجته وحفنت الشيء اذا جرفته بكتايديك ولا يكون الامن الشيء اليابس كالدقيق والرمل ونحوه اه وفي النهاية لابن الاثير في حديث أبي بكر رضي الله عنه انما نحن حفنة من حفات الله أراد أن اعلی كثرتنا يوم القيامة قليل عند الله كالحفنة وهي مل الكف وقال الاتقاني الحفنة مل الكف اه (قوله ولهذا يضمن بالقيمة الخ) هذا ايضاح لقوله لان هذه الاشياء الخ اه يعني أن الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو كانا داخلتا تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي أن يكون في العددي المتفاوت لا في المتقارب ألا ترى أن نحر الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا سائر هذه الجملة يعني أن التمرة مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكم الربا لان الجوزة ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة للتفاوت الا أن الناس اصطلموا على اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا اه غاية البيان قول الشارح رحمه الله ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا قال الكمال رحمه الله ومن فروع ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعقنت عنده ضمن قيمتها فان أبي الا أن يأخذ عينها (٩٠) أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت علة الربا الطم

حرم الحفنة والتفاحة
بثنتين وقالوا مادون نصف
صاع في حكم الحفنة لانه
لا تقدير في الشرع بمادونه
فعرّف أنه لو وضعت مكاييل
أصغر من نصف الصاع لا يعتبر
التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ
كل واحد من البدلين نصف
صاع فان بلغ أحدهما
نصف صاع لم يجوز حتى
لا يجوز بيع نصف صاع
فصاعا بحفنة وفي جمع
التفاريق قبل لاروايه في
الحفنة بالقفيز واللب بالجوز
والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن
الخاطر الى هذا بل يجب بعد
التعليل بالقصد الى صيانة

ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فأنعمت العلة بانعدام أحد شرطيهما وهو القدر ولهذا
يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا ومادون نصف صاع بمثله الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه
فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع مادون نصف الصاع بمادون نصف الصاع وان باع مادون نصف
الصاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز الامتلاء بمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا
لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذا لا يدخل
تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عند الطم أو التمنية وقد وجدت قال رحمه الله
(والفلس بالفلسين بأعيانهما) أي البدلان بأعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا
عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان والثلث لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس
بجلاف جنسها لا يتعين كالدرهم والدنانير حتى كان له أن يعطى غيرها ولا يفسد البيع بها كها وهذا لان
ثمنيتها ثابت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدرهم والدنانير فاذا لم يتعين يؤدي الى الربا أو يحتمل
بان يأخذ بائع الفلس الفلوسين أو لا فيرد أحدهما قضا بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع
الفلسين الفلس أو لا ثم يضم اليه فلسا آخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله
وهو ربا قصار كالأول كان بغير أعيانهما أو أحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان
خلقة وانما كان ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلموا بإبطال الثمنية قبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس
ابقا اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليه ما فلا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمنيتها أصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربا

أموال الناس تحريم التفاحه بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في دينارنا من وضع ربع بخلاف
القدح وثن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدة الفطر
بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التماثل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا
وبالله التوفيق اه قوله لانه لا تقدير فيه في الشرع بمادونه وجاء التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى أدنى
ما يكون مال الربا من الخنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع اه غاية (قوله في المتن والفلس بالفلسين بأعيانهما) قيل الضمير يرجع
الى الفلسين لان الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اه (قوله وقال محمد لا يجوز) قال الكمال وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين مادام
رابعا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اه (قوله بخلاف جنسها) كما اذا اشترى فاكهة بفلوس اه
اتقاني (قوله لا يتعين كالدرهم) فكذا اذا قبل بجنسه اه اتقاني (قوله ولا يفسد البيع بها كها) هذا لا يلزم أباحيفة لان البيع
يفسد عنده وانما يتمشى على مذهب أبي يوسف اه شيخنا (قوله فلا تبطل باصطلاحهما) لانه نسخ الاجماع بالاحاد فلا يجوز اه اتقاني
(قوله فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله) وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اه فتح (قوله ولهما أن
الفلوس ليست بأثمان) والاصل في الفلس أن يكون مثمنا لانه فحاس اه اتقاني (قوله بخلاف الدراهم والدنانير) لان ثمنيتها بأصل الخلقة

قال الاتقاني رحمه الله وأما بيع الفليس بالفلسين فهو على وجوه اتمان كانا دينين أو عينين أو أحدهما ديناً فأن كان أحدهما ديناً لا يجوز لان الجنس يحرم النساء وكذلك اذا كانا دينين لهذا المعنى ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وان كان كل منهما عيناً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وقال محمد والشافعي لا يجوز وقالوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو ملك ينتفض العقد ولو أراد أن يعطى غيره لا يجوز وقال محمد لا يتعين اه واستفيد منه أن صور بيع الفليس بالفلسين أربع الاولى أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانها الثانية أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير أعيانها الثالثة أن يبيع فلسين بأعيانها بفلس بغير عينه الرابعة أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما وهذه الصورة فيها خلاف والصورة الثالثة لا خلاف في عدم جوازها والله الموفق (قوله بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانها الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا كانا بغير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنتين لانه كل بأكلى وهو حرام لنهى النبي صلى الله عليه وسلم وكذا اذا كان أحدهما غير عين لان الجنس يحرم النساء اه (قوله لان اصطلاحهما على العتبات) ان في نقضه في حق العتق فساد العقد وهما مقصدا صحة العقد لا فساد اه (٩١) ولا صحة العقد الا بعد بطلان الثمنية فكان

لهما نقضها فاذا عادتهما جاز بيع الواحد بالاثنتين لان العددي اذا لم يكن غنياً جاز بيعه كذلك كالشوب بالتوين والجوزة بالجوزتين اه هداية وشرحها للاتقاني (قوله لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص) لان القياس حجة ضرورية صير اليه عند تعذر العمل بالمنقول الى شبهته في الفرع ولا حجة اليه في الاصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح اه (قوله ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة) ومعنى القاصرة أن لا تتعدى العلة الى الفرع بأن لا توجد تلك العلة الا في الاصل كتعليل الشافعي بالثمنية مثلاً اه من خط الشارح رحمه الله

بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانها أو أحدهما بغير عينه لانه يؤدي الى الرباع على ما بينا فان قيل اذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً لان النحاس موزون وانما صار معدوداً بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى أصله موزوناً فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً قلنا لا يعود موزوناً لان اصطلاحهما على العتبات ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العدوكم من شئ معدود لا يكون غنياً الا ترى أن الاواني من النحاس أو نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف أن المعتبر في كونه موزوناً أو مكيلاً في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلاً بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العدم لم يعدوز بها جاز بيعه متفاضلاً ولا يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون غنياً باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجرى فيها أحكام الاثمان في حقهما فكذلك لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما لا نأقول الاصل فيها أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولرأى الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضاً لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف رأى الكل قال رحمه الله (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفزاً كثر مما في الحيوان ليكون قدره مقابلاً باللحم والزائد بالسقط لنهى صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطأ ولانهم جازوا واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة فكذلك متفاضلاً كالزيت بالزيتون ولهما أنه يبيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلاً لاختلافهما جنساً وهذا لان الحيوان ليست فيه مالبية اللحم اذهى معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة الا ترى أنه لا ينتفع به ارتفاع اللحم فصار جنساً آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر أى بنفع الروح فاذا كان جنساً آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بخلاف الزيت مع الزيتون لانهم جازوا واحداً بالزيت موجود فيه للحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز

(قوله وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه) بأن باع لحم الشاة بالشاة اه أما اذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عيناً بعين عندنا اه اتقاني وقوله من خلاف جنسه بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اه وقوله جاز أى بالاتفاق اه (قوله والزائد بالسقط) قال الكمال والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلق والجلاذ والكارع اه (قوله لنهى عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان) فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز مطلقاً اه (قوله ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسبة) لا يلزم من عدم جواز نسبة أن لا يجوز متفاضلاً كالبر والشعر اه قال في الهداية ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف قال الكمال سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أم لا يشترط التعيين أما بالنسبة فلا لا متناع السلم في الحيوان واللحم اه (قوله ولهما أنه يبيع المعدود بالخ) قال الرازي رحمه الله ونسأله باع موزوناً بغير موزون فيصح كيفما كان والنهى محمول على ما اذا كان أحدهما نسبة ولهذا قيد به في رواية اه (قوله ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحاماً أنشأناه خلقاً آخر) فعلم أن الحى مع الجلاذ جنسان اه فتح

(قوله لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه) أي سواء كان اللحم أو الحيوان اه (قوله ولو كان المذبوح غير مسلوخ الخ) قال في شرح الطحاوي ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشترها بلحم الشاة فالحجوب في قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بالذبوح غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا ما على قولهم ما لا يشكل لانه لو اشترها باللحم يجوز كيفما كان فكذلك اذا اشترها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فأنما يجوز لأن اللحم يلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها بازا سقط الأخرى فلا يؤدي إلى الربا فيجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله ولو باع القطن بغزله) قال في الهداية واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع اه قال الاتقاني قوله واختلفوا في القطن بغزله أي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق اه (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر) ليكون الرائد مقابل الحب اه (قوله والعنب بالزبيب الخ) (٩٣) وأما الرطب بالرطب فيجوز متمثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال

مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي اه فتح (قوله) فالمدكور هنا قول أبي حنيفة) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اه فتح قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة يبيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز وقال الباقر من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن يبيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز اه اتقاني (قوله وقال لا يجوز) والشافعي ومالك وأحمد اه فتح (قوله وهو ما بعد الجفاف) ولم يوجد ذلك في بيع الرطب بالتمر اه (قوله والرطب تمر) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلاً كيلا يكيل جائز وكذا الرطب

بيع أحدهما بالآخر نسبيته لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لأنهما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب أن يجوز عنده أيضا على وجه الاعتبار بأن يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الآخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين يبع أحدهما بالآخر قال رحمه الله (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لا اختلاف فيها ما جنسا لأن الثوب لا يتقضى فيه مود غزلا أو قطنا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس موزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لا اختلاف الجنس بينهما لأن الغزل لا يتقضى فيه مود قطنا وقال أبو يوسف لا يجوز إلا بمتساو بالان غزلا القطن قطن لأن القطن غزل دقيق وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن بغير المحلوج بحب القطن فلا بد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء قال رحمه الله (والرطب بالرطب أو بالتمر متمثلا والعنب بالزبيب) يعني متمثلا أيضا أما الرطب بالتمر فالمدكور هنا قول أبي حنيفة وقال لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أي نقص اذا جف فقبل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فاسد البيع وأشار إلى العلة وهي النقصان وفيه إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فإنه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلاً كيلا والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متمثلا والدليل على أنه تمر ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حين أهدى إليه رطب قال أو كل تمر خير هكذا روى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى يزهى فقبل وما يزهى قال يحمر وهو اسم لمن أول ما ينقع إلى أن يدرك ولأنه كان تمرا جازي بعه به بأول

بالتمر لأن الرطب اختص باسم خاص كالبرقي اه اتقاني (قوله حين أهدى إليه رطب الخ) قال الاتقاني فيه نظران الحديث الهدية كانت تمرا ألا ترى إلى ما حدث مالك في الموطأ عن عبد الحميد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خير فجاء بتمر جنب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كل تمر خير هكذا فقال لا والله يا رسول الله أنا لأأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل ببع الجمع بالدرهم ثم اتبع بالدرهم جنيا قال صاحب الفائق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنب لون منه جيد وكانوا يتعاون صاعين من الجمع بصاع من الجنب فقال ذلك تنبيها لهم على الربا اه (قوله قال أو كل تمر خير هكذا) فسماه أي الرطب تمرا اه فتح (قوله وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر) فيه نظر اذا الثمرة أعظم من التمر اه (قوله ولأنه كان تمر الخ) هذا اللفظ يحكي عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لخالفه الخبر فسأله فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش عن لا يقبل حديثه وأبداه المصنف بقوله ضعيف عند النقلة اه

(قوله وان كان غير تمزقاً) وهذا التردد حسن في المناظر تدفع شغب الخصم لكن الحجة لاتتم به لجواز أن يكون ثم قسم آخر اه
من خط الشارح (قوله ألا ترى أنه) أي الوصي اه (قوله وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف) عند أي خيفة يجوز مع
التساوي كيلا وعندهما لا يجوز اه كال قال في الهداية وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف قال الاتقاني يعني كما
يجوز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا عند أي خيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عندها إذا تساوى كيلا وعندهما لا يجوز بيع
العنب بالزبيب تساوي أو تفاضلا كما قال في الرطب وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوي اه (قوله
وقيل لا يجوز بالاتفاق) كالخطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله وأما بيع الرطب بالرطب) قال
الكامل وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا اه قال الاتقاني نقلا عن التكريب وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كافي
الرطب بالرطب وأما البسر بالرطب فعال أبو خنيفة يجوز مشلا بمثل وقاد لا يجوز اه (قوله فلما روي أن اسم التمر) الذي بخط الشارح
لان اسم التمر اه (قوله بخلاف الكفري) قال الاتقاني الكفري مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى
كافورا وكفري كذا قاله ابن دريد وقيل انما سمي به لانه يستمر ما في جوفه اه ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفري وجهين فتح
الفاء وضمها وتبعه المرادى وحكى البصري تثليث الفاء اه (قوله لانه ليس بتمر لان اسم (٩٣) التمر يطلق عليه الخ) قال الكامل

وهذا الاسم أعني التمر له من
أول ما يعقد صورته لاقبله
وبهذا استدلل بعضهم لابي
خنيفة من بيع الرطب
بالتمر فورد عليه أنه لو حلف
لأبى كل تمر فأكل رطباً
لا يحنت فكان غيره فأجاب
بالمنع بل يحنت وليس يصح
بل المسئلة مسطورة في
الكتب المذهبية المشهورة
بأنه لا يحنت وكذا ادعى أنه
يحنت فيما إذا حلف لأبى كل
تمر فأكل بسراً ولم يكن به
حاجة الى هذا اذ يكفيه أن
الايمن مبنية على العرف
وكلامنا فيه لغة وهم بعد

الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلاً بمثل وان كان غير تمزقاً كرموه وقوله صلى الله عليه
وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولا تهمموا ببيان في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب
جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الخنطة بالدينق لانهما متفاوتان في المال ويظهر ذلك بالطحس
اذا طحن لا يزيد فيه شيئاً وما روي أنه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح
فهو محمول على أن السائل كان وصياً في مال يقيم أو ولياً الصغير فلم ير صلى الله عليه وسلم بهذا التصرف نظراً
له اذ هو مقيد بالنظر ألا ترى أنه يمنع من بيع الجسد بالردى من مال الرب المأذ كذا وبيع العنب بالزبيب
على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بقاء اتفاق كالخطة المقلية بغير المقلية والفرق
لأبي خنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على
ما بينا ولم يوجد مثله هنا بقي محرماً حتى يعتدل وأما بيع الرطب بالرطب فلما روي أن اسم التمر يتناول
فيجوز بيعه مثلاً بمثل كذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفري
حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ما تعتقد صورته لاقبله وهو
عدي متفاوت وهو أول ما ينشق عنه النخل سمي به لانه يستمر ما في جوفه ولتفاوته فاحشاً لا يجوز السلم فيه
ولو باع خنطة رطبة أو مبالولة بخنطة رطبة أو مبالولة أو يابسة جازاً لبيع وكذا لو باع تمر منقعاً وزيباً
منقعاً بتمر مثله أو زيباً مثله أو باليابس منه ما جاز عند أبي خنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز شئ
من ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو بعد ليس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع

ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين يعتد الى أن يطيب ثم يحفف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز
الاول اه ما قاله الكامل رحمه الله (قوله من أول ما تعتقد صورته لاقبله) ولهذا لو حلف لأبى كل تمر فأكل رطباً يحنت في عينه مع أن مبنى
الايمن على العرف ذكره علماء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما إذا أكل طلعاً لم يبدع صلاحه فلم يحنت في عينه فان قلت لو حلف
لأبى كل تمر فأكل بسراً لا يحنت في عينه فعلم أن التمر ليس باسم لتمر النخل من حين ما يبدو صلاحها الى أن ينتهي قلت منعه علماء الدين
العالم في طريقة الخلاف وقال بل يحنت عندنا اه اتقاني قال الكامل وما ادعاه بعض الخلافين فيمن حلف لأبى كل تمر فأكل رطباً أنه
يحنت فليس كذلك بل المذهب أنه لا يحنت لان مبناها على العرف اه (قوله وكذا لو باع تمر منقعاً) قالوا انه بفتح القاف مخففاً من أنقع
الزيب في الخابية اذا ألقاه فيها لينتل وتخرج منه الحلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء منع بالتشديد وعليه ثبت المنظومة في باب محمد
اه اتقاني (قوله جاز عند أبي خنيفة وأبي يوسف) أي اذا تساوى كيلا اه غاية (قوله وقال محمد لا يجوز شئ من ذلك) قال في خلاصة
التاوى قال شمس الأئمة الحلواني الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الخنطة اليابسة بالمبالولة انما لا يجوز اذا انتفعت أما اذا بلت
من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اه (قوله لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال) وهو بعد ليس كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر لحديث
سعد اه اتقاني والحاصل أن محمد يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حالة الحفاف الآن في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال
لان التفاوت علة انما يكون بعدما يكون الرطب شيئاً آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والخنطة المبالولة أو الزيب المنقوع أو

التمر المنقوع بعد الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه اه (قوله على الاسم الذي عقد عليه) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف اه اتقاني (قوله في التمر واللحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه اتقاني نقلا عن شرح الطحاوي اه (قوله ولبن البقر والغنم) أي بعضها ببعض متفاضلا نقلا عن النسبة اه (قوله وخل الدقل) بفتحين اه وانما خص خل الدقل وهو نوع من أردنا التمر اجزاء الكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم في كل تمر كذلك اه غايه (قوله بخل العنب) كيف كان ولا يجوز نسبة لان الوزن جمعهما اه (قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز) قال في الهداية وعن الشافعي قال الاتقاني قال في وجيزهم وفي لحوم الحيوانات قولان أحدهما أنها مختلفة لثبوت المعنى وان اتحاد الاسم اه (قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود) وهو التغذي والتقوى اه اتقاني (قوله وأسمائها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة) كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الابل ولحم الدجاج اه (قوله ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصف الضأن) فشعر المعز وصف الضأن جنسان بخلاف لجهما ولبنهما اه (قوله وانما جعل الشعر والصوف جنسين) وان كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهذا يتخذ (٩٤) من الصوف الففافة واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والجبل الغليظ

ونحو ذلك اه قال الاتقاني وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلا يجوز ولا يجوز نسبة لان الوزن يجمعهما اه (قوله) لانه بالتبديل تختلف المقاصد قال الكمال ومن الاختلاف في الصفة ما قدمنا من جواز بيع اناهى صفرا وحديدا أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قيمة بقعة منين وبرة بارتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل

المببول ونحوه بمثله حيث أجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتنا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتنا في المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال وكذا أبو يوسف لا يطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بخل الحديث وهو باطلا لانه يتناول الحنطة والتمر والشعير على أي صفة كان الا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بمار وبنام حديث زيد بن عياش على ما بيننا من قبل قال رحمه الله (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب) وقال الشافعي لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض في الزكاة وأسمائها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود أيضا مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر أولبتهما أو لحم المعز والضأن أولبتهما أو لحم العراب والبخاني حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم أحدهما الى الآخر في تكيل النصاب في الزكاة فكذا أجزاءهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصف الضأن أولم يتبدل بالصنعة لان التبديل يختلف المقاصد ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المرقي بالبنفسج بغير المرقي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعصه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة ولم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو يتبدل

وان اصطلا وابتعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العذ والصورة اه (قوله أو الدهن المرقي بالبنفسج بغير المرقي الصنعة منه متفاضلا) قال الكمال واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمنع النسبة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصارت جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظر الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا الوضم الى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النارنج برطل دهن الورد الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فحساوا الرائحة فيها بأزاء الزيادة على الرطل اه (قوله وانما جاز بيع لحم الطير بعصه ببعض الخ) قال الكمال وانما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس بحال الربا اذا لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن عادة في ديار مصر بعظمه اه

(قوله في المتن وشحم البطن بالالية أو باللحم) قال الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوي ولو باع لحوم الشاة بشعورها أو باليتها أو لحما بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسبة لأن الوزن يجمعهما اه قال الكمال وأما الرأس والاكراع والجلود فيجوز يدايسد كيفما كان لانسبة لأنه لم يضبط بالوصف حتى أن السلم فيه لا يجوز اه (قوله في المتن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) أي نقدا لانسبة إلا إذا كانت الخنطة أو الدقيق نسبة فانه يجوز حينئذ اه (قوله حتى خرج من أن يكون مكبلا) أي وصار وزنيا أو عدديا اه غاية قوله وزنيا أي عند أبي يوسف وقوله أو عدديا عند محمد اه (قوله وان كان الخبز هو المتأخر) قال في الهداية وان كان الخبز نسبة يجوز عند أبي يوسف رجه الله وعليه الفتوى اه (قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا) قال في الاختيار وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم اليه اه وقال ابن فرشتا وعليه الفتوى اه قال الاتقاني وروى عن محمد أنه يجوز وزنا وعددا وقال ثلاث من الدناءة استقراض الخبز وزنا والجلوس في دكان الحمام والنظر في مرآته اه ثم قال الاتقاني بعد أوراق وعند محمد يجوز عددا ووزنا كذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الولا الجلي ومصاحب (٩٥) الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد

عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الولا الجلي وكان محمد ترك القياس في جواز استقراضه عددا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع اه (قوله وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لأن احده تتفاوت) قال الكمال ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته عنهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن اه (قوله في المتن لا يبيع البر بالدقيق) أي لا يجوز بيع الخنطة بدقيق الخنطة ولا بسويقها اه اتقاني وقوله ولا بسويقها أما بسويق

الصنعة قال رجه الله (وشحم البطن بالالية أو باللحم) يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلهما من الضان لأنها أجناس مختلفة لا اختلاف الاسم والصور والمقاصد قال رجه الله (والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه بأصلا لأن بينهما شبهة المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبسيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالخنطة والاول أصح لأن الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكبلا والبر والدقيق مكبل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسبة إذا كانت الخنطة هي المتأخرة لا مكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر أو السلم فيه فلا يجوز عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالطحن والمجن والنضج وأما عندهما فقد ذكر في النهاية معزيا إلى المبسوط أنه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي أن ابن رستم ذكر في نوادره أن علي قول أبي حنيفة ومحمد لا يبيع السلم في الخبز وعلى قول أبي يوسف يبيع وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند أبي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل أولى لأن باب السلم أوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالأستصناع وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لأن احده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال رجه الله (لا يبيع البر بالدقيق أو بالسويق) يعني لا يجوز بيع الخنطة بأحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لأنه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيصير شبهة البر بالان أحدهما رواه الآخر أجزاءه أو أحدهما بدقيق والآخر أجزاءه وهذا لأنه بالطحن لم يوجد التقريب في الأجزاء والجمع بالتفريق لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة تسكني لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسؤولهما ألا ترى أن البر إذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لأن المعيار فيهما الوزن وهو مسؤولهما فأمكن التساوي بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لا اتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه ثبتت المجانسة من كل

الشعير فيجوز اه فتح (قوله والآخر أجزاءه) عبارة الكافي وفي الآخر أجزاءه اه (قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسؤولهما) قال الكمال فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كبسيع الخراف لذلك الاحتمال وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة لا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الخنطة لم يتفق قدره سواء في الخنطة الأخرى فإذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤبدة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو ثم قال الكمال وقولنا المعيار في الخنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا يبيع بجنسه أما بالدرهم فيجوز يبيع الخنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك اه (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا) قال في خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا يبيع النخالة بالنخالة وقال في شرح أبي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة اه غاية قال الاتقاني وجهة هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة أوجه في وجه يجوز البيع إذا تساوى في الكيل وفي وجه لا يجوز البيع إذا تساوى في الكيل أو تفاضلا وفي وجه اختلافه في وجه الوجه الذي يجوز به البيع إذا تساوى في الكيل وهو أنهما إذا تبايعا خنطة بخنطة وهما عسقتان أو حديثان أو أحدهما عسقة والأخرى حديثة وكذلك إذا

تبايعا حنطة مقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساوي في الكيل فإنه يجوز وكذلك حكم الشحير بالشعير على هذا وكذلك إذا تبايعا تمرًا بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والاخر عتيق وتساوي في الكيل فإنه يجوز بالاجماع وكذلك إذا تبايعا عنبًا بعنب أو زبيبًا بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات إذا بيع بجنسه وأما الوجه الذي لا يجوز تساوي في الكيل أو تفاضلا فهو أنهما إذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمرًا مطبوخًا بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويًا أو تفاضلا وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنهما إذا تبايعا تمرًا برطب أو رطبًا بيسر أو عنبًا بزبيب (٩٦) فتساوي في الكيل يجوز في قول أبي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويًا أو تفاضلا ويبع

الكفري باليسر أو الرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالاجماع لان الكفري عدى اه مع حذف قوله انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين قال الكمال وهو حسن اه (قوله ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق) والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اه اتقاني وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه اه كمال (قوله وقال لا يجوز كيفما كان لانهم ما جنسان) أي دقيق الحنطة وسويقها اه فتح (قوله مختلفان) أي وان رجعا الى أصل واحد اه فتح (قوله لا اختلاف الاسم) أي والهيئة اه غاية (قوله وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية) أي فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيخذ منها خبزاه فتح (قوله وكالبر العلك مع المسوس)

وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة فقيهر وابتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبي حنيفة وقال لا يجوز كيفما كان لانهم ما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسبة لان التقدير يجمعهما ولا يبي حنيفة أنهما جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوى وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزآن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر اذا الجزأ لا يخالف الكل وبقوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنسًا له كاصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بينا وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر الامتناسا وبمجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس ألا ترى أن بعض الانسان يختص باسم كالشباب والشيوخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسمن بالشحير حتى يكون الزيت والشحير أكثر مما في الزيتون والسمن) أي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثابة الآخر والثابت بالتجبر لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمهما وان اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلا يمكن يكر الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان التجبر بلا عوض يقابله فيحرم ولولم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافا لفره هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالتحقق ألا ترى الى ما يروى عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الربا والريية وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود كان دعه تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضى الله عنهم ولا يقال ان السمن مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما الا انقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحكمة باعتبار ما فان قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السمن بالسمن متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى في المنزلة خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شئ لثقله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وان لم يكن لثقله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب أو تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له ولا يجعل بآزائه شئ حتى لو جعل فسدلر بالفضل قال رحمه الله (ويستقرض الخبز

قال الاتقاني والحنطة الملكة الجيدة قال ابن دريد طعام علكتين المضغة والحنطة المسوسة أي المدودة يقال سوس طعام وزنا اذا دوس من السوس وهو الدود وقال الكمال الملكة أي الجيدة السالمة من السوس ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها اه (قوله وبيع المقلية بالمقلية) قال الكمال فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساوى بالكيل ذكره في النخبة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه أن التارقدة أخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى اه قال الاتقاني يقال حنطة مقلية من قلى يقلى ومقلوة من قلا يقلا فهما ان لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عد من طعن على أصحابنا في استعمالهم بالياء مخطئا اه

(قوله وان كان عليه دين لا يجوز) أي لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على المبتدين اه اتقاني (قوله وعندهما) وان كان المولى يملك ما في يده ولكن تعلق الخ اه (قوله الا أنه اذا أخذ) أي السيد اه (قوله وكذلك اذا تبايعا بغير فاسد) المسلم الذي دخل دار الحرب بامان اذا باع درهما بدرهمين أو باع خرا أو خنزيرا أو مينة أو قامرهم وأخذ المال يحمل عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف اه غايه (قوله ولان مالهم مباح) أي أهل الحرب اه

باب الحقوق

أي حقوق المبيع اه قال الكمال محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (٩٧) قال الاتقاني ولكن المصنف لما اتبع وضع

الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضا اه (قوله في المتن العلو لا يدخل بشرائه يت بكل حق الخ) قال في الهداية ومن اشترى منزلا فوفقه منزله فليس له الا على الا أن يشتره بكل حق له أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه ومن اشترى يتنا فوفقه يت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بجودوها فله العلو والكنيف اه قال الاتقاني قال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على العنن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن الى هنا فقط شمس الأئمة رحمه الله والجواب في ذلك أن العلو

ورنا لاعددا) وهذا عند أبي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما وقد ينه من قبل قال رحمه الله (ولاربا بين المولى وعبد) لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقيقته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس يملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لاربا بينهما وان كان عليه دين لان له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض يعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذ هذا الطريق الا أنه اذا أخذ منه درهمين بدرهم رد الدرهم الزائد على العبد لانه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لاربا بينهما لان الكل مالهما وكذا اشترى بك العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال رحمه الله (وبين الحربي والمسلم غنة) أي لاربا بينهما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بغير فاسد في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان أن لا يملك أموالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعد لا مان لم يصرم معصوما الا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لمافي أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذه برضاهم فقد أخذ ما لا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذا تأثر الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائلا بالتجارة كما رضى به وفي حق المسلم تابنا لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعد الامان ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر اليها فكذلك الحكم عند أبي حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله (العلو لا يدخل بشرائه يت بكل حق وبشرائه منزل الابكل حق هوله أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه ودخل بشرائه دار الكنيف) أي لا يدخل العلو بشرائه بيت وان قال بكل حق هوله مالم ينص عليه وبشرائه منزل لا يدخل الا أن يقول بكل حق هوله أو عرافقه أو بكل قليل وكثيره وفيه أو منه وبشرائه الدار يدخل العلو وان لم يذ كر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتونة والعلو مثله والشي لا يكون تبعالمثله ولا يكون من حقه فلا يدخل بدون التنصيص

(١٣ - زيلعي رابع) لا يدخل في شراء البيت وان ذكر الحقوق الا اذا ذكر اسم العلو صريحا لان البيت اسم لخاص لمسقف واحد يات فيه والعلو في ذلك مثل السفلى والشي يستتبع دونه لانه أوفقه والعلو يدخل في شراء المنزل اذا ذكر الحقوق أو المرافق أو كل قليل وكثير أو اسمه الخاص والافلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليل أو نهارا والعلو في النزول كالسفل الا أنه دونه في احتمال السكنى فكان أصلا من وجهه بابعان وجهه فان ذكره أو ذكر اسم التبع دخل والافلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق لان العلو من جهة ما أدير الحوائط اه (قوله الا الخ) أي الا باحدى عبارات ثلاث اه (قوله وان قال الخ) هذه احدى العبارات الثلاث اه (قوله لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتونة) ففهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيدله دهليزا اه كمال (قوله والشي لا يكون تبعالمثله) قال الكمال أو ما هو دونه أو ورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده

وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لمالك المستعير المنفعة كان له أن يملك مملك والمكان يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابة عبده من كسابه اه (قوله والمثل بين الدار والبيت) منزلة بين المنزلتين وهي الدورة الصغيرة فيها يتان أو ثلاثة وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجري مجرى ذلك اه اتقاني (قوله وفي عرفنا يدخل العلو) أى فى الفصول كلها لأن فى عرفنا الدار والمثل والبيت كله واحد اه اتقاني (قوله وانما يدخل الكنيف الخ) قال فى الهداية وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه اه قال الكمال الكنيف هو المستراح اه (قوله ويدخل بئر الماء والاشجار فى صحنها والبستان فيها الماذ كرا) قال قاضيان ولو اشترى دارا فيها بستان دخل البستان فى البيع صغيرا كان البستان أو كبيراً وان كان البستان خارجاً من الدار لا يدخل البستان فى البيع وان كان له باب فى الدار كذا قال أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان البستان أصغر من الدار ومفتحها إلى الدار يدخل فى بيع الدار وان كان البستان أكبر من الدار لا يدخل فى بيع الدار والمسئلة هربت فى باب العيين فى الخروج والدخول اه (قوله فى المتن لا الظلة الخ) والظلة هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات فى السكة ومقصها فى الدار (٩٨) المبيعة اه اتقاني وكال (قوله اذا كان مقصها فى الدار) قال قاضيان وان لم يكن مقصها

فى الدار لا تدخل الظلة فى بيع الدار فى قولهم لا بد كرا الظلة اه (قوله لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف) ولهذا لو حلف لا يدخل الدار قد دخلها بحث اه محيط (قوله من حيث ان قرار طرفها الآخر على شئ آخر) اما جدار الجار أو اسطوانات اه (قوله فى المتن ولا يدخل الطريق والمسبل) قال العيني وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره والشرب بكسر الشين وهو النصب من الماء اه (قوله لا ينحو كل حق الخ) أو جرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه اه (قوله لا بد كرا كل حق أو نحوه) قال الكمال

عليه والدار اسم لما أدبر عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذلك والمثل بين الدار والبيت لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فله شبه بالدار يدخل تبعاً عند كرا التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذلك كرا توابعه على الشبهين حظهما وذكر فى الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفى عرفنا يدخل العلو فى الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لأن كل منزل يسمى خانه سواء كان كبيراً أو صغيراً فكانه يقول يتناول العلو والسند والاحكام فى مثل هذا تبنى على العرف ويعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله وانما يدخل الكنيف لأن الدار اسم لما أدبر عليه الحائط والكنيف منه فيدخل به كرا الدار من غير افراد به بالذ كرا العلو ولو كان خارج الدار مبنياً على الظلة يدخل لأنه يعتن الدار عادة ويدخل بئر الماء والاشجار فى صحنها والبستان فيها الماذ كرا وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثله لا يدخل الا بالشرط لأنه خارج عن حدودها وان كان أصغر منها يدخل لأنه يعد من الدار عرفاً فصارت عالها قال رحمه الله (لا الظلة الا بكل حق) أى لا تدخل الظلة فى بيع الدار الا اذا قال بكل حق أو نحوه ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما تدخل من غير ذلك كرا شئ مما ذكرنا اذا كان مقصها فى الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولا يى حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار أحد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفيها الآخر على شئ آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملاً بالشبهين قال رحمه الله (ولا يدخل الطريق والمسبل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة) أى لا تدخل هذه الاشياء فى بيع الارض أو المسكن الا بد كرا كل حق أو نحوه

فان المقصود فى الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا بل اما ذلك أو ليخرج فيها أو يأخذ بعضها فلم يتعين فائدة البيع فلا بخلاف يلزم ولهذا جاز بيع الخش كالأودان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبعة ولا يصح اجارة ذلك وفى الكافي ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح اه قال فى الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يشتري البيت فى الدار أو المنزل فى الدار أو المسكن فى الدار قال لا يكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هو له أو هو لافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق الى هنا فقط أصل الجامع الصغير وذلك لأن الطريق خارج عن الحدود الا أنه من اتوابع فلا جرم لم يدخل من غير ذلك كرا الشرب والمسبل وهذا بخلاف اجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الارض حيث يدخل الطريق والمسبل والشرب من غير ذلك لأن المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الاشياء فى البيع ليس كذا لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الخش الصغير الذى لا ينتفع به فى الحال ويجوز بيع الارض السبعة لعدم الانتفاع قال الامام فخر الدين قاضيان واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسبل مائتها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذلك كرا الحقوق لأنه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل به كرا الحقوق وان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق

بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جنود دار أخرى على الدار المباعة فإن كانت للبائع يؤمر برفعها وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر في الدار المباعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المباعة لأنه باعها من غير استثناء وإن كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اه قال الكمال رحمه الله قوله ومن اشترى يتناقض في دار أو منزل أو غيرها أو مسكنها في الم يكن له الطريق في هذه الدار إلى ذلك المشتري إلا أن يشتريه بكل حق أو بعراقه أو بكل قليل وكثير وكذلك الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذلك التوابع وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسيل الماء أو القاء الثلج في ملك إنسان خاصة وقال نفع الإسلام وإذا كان طريق الدار المباعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذلك الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بد ك الحقوق إلا أن تعليله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق أن كلا منهما لا يدخل لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئا معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الأجنبية إلا بد كره اه (قوله بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها) أي هذه الأشياء إذا استأجر داراً أو أرضاً اه عيني (قوله فيما لا يمكن الانتفاع به) كالمهر والأرض السبعة اه (قوله ولو اشترى رحي) وكذلك لو اشترى بيت الرحي بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه اه قاضيان

(٩٩)

باب الاستحقاق

هو طلب الحق اه ع قال الاتقاني ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظاً ومعنى اه قال الكمال حق هذا الباب أن يذ كر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ولكن لما تناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه اه (قوله في المتن البيضة حجة متعدي الخ) قال العيني وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار إليه بقوله مبيعة الخ ومنها أنه إذا اشترى عبداً ثم

بخلاف الإجارة حيث تدخل قيم من غير شرط لأن هذه الأشياء تابعة من وجه من حيث أنها تقصد للانتفاع بالبيع دون عينها أصل من وجه من حيث أنه يتصور وجودها بدون البيع فكانت تابعة للبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع إلا بد ك الحقوق والمراقق وهذا لأنه قد يشتري البيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به وقد يشتري الطريق بعد ما يشتري البيع بخلاف الإجارة لأنها تفقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الإجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الإجارة تبطل الإجارة وكذا لو استثنى هذه الأشياء عن عقد الإجارة تبطل إذا لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة إلا بهذه الأشياء فوجب دخولها فيها تصحيمها ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء المزبأ إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقد را الحمام يدخل لأنه متركب بالبناء ولو اشترى رحي يدخل الحجر الأسفل لأنه متركب بالبناء وكذا الأعلى استحساناً والآلات الملتصقة بالبيت لأن الرحاسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الأعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال رحمه الله (البيضة حجة متعدي لا الأقرار) لأن البيضة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي وللثاني ولاية عامة فينفذ قضاءه في حق الكافة والأقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء والمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله (والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق) لأن القاضي

ظهر له مستحق بالبيضة فإنه يرجع على البائع بالثمن لأنه ثبت به الملك من الأصل فيتعدي إلى الكل ولو أقربه المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بإثباته فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالرجوع بالثمن على البائع اه (قوله في المتن والتناقض يمنع دعوى الملك) قال العيني وهذا أيضاً أصل لفروع كثيرة وموضعها في كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره في الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقداراً معلوماً بأنه دين له عليه وأنكر المدعي عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع دعواه لأنه متناقض في كلامه ولو كان الأمر بالعكس تسمع لا مكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالحدود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضاً رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعي عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعي وخلف أموالاً كثيرة فجاء المدعي عليه فطلب ميراثه وقال هو أخي لا يقبل منه ذلك ولا يرضى له بالميراث لأنه متناقض ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة أو الأبوة والمسئلة بها لها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا في يد إنسان أنه فلان وكلني بالخصومة فيها ثم ادعى أنه هو وأقام البيضة على ذلك يصير متناقضاً فلا تقبل بينته ولو ادعى أنه هو ثم ادعى بعد ذلك أنه فلان وكله بالخصومة فيه وأقام البيضة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً اه (قوله في المتن والتناقض يمنع الخ) انما يعني التناقض في دعوى الاعتراف والتدبير من قبل العتيق أمالو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى أنه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يعني لأن الإنسان لا يخفى عليه فعله ويأتي في باب دعوى النسب اه يحجي (قوله لا الحرية والنسب) أي لا يمنع

التناقض دعوى الحرية قال العيني كالمكاتب اذا اقام بينة على أن مولاه اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لانه امر يجري فيه الخفاء لانه امر يتقرب به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع أيضا دعوى الطلاق كما مر اذا اختلعت من زوجها ثم اقامت بينة أنه كان طلقها فلا تقبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها أن تستبدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليهما من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا في الفتاوى الطهريية مسألة وهي أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشتري وقال ان أبى اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام بينة على ذلك فقال المدعي عليه في دفع دعوى المدعي انك متناقض في هذه الدعوى لان استئجارك الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح أن هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأه اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه ولا يمنع دعوى النسب كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويطل البيع الاول والثاني وذلك لان النسب يبنى على العلوق فيقتضي عليه فيعذر في التناقض اه ما قاله العيني رحمه الله تعالى (قوله في المتن مبيعة ولدت فاستحقت) هذا هو الثابت في نسخ المتن (١٠٠) وفي خط الشارح مبيعة استحقت اه وقوله ولدت أى في يد المشتري لانه اه

(قوله وان أقربها للرجل لا) فلو اقام المشتري بينة بعد ذلك على اقرار البائع بان العبد المستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بينته ينظر في كلام الشارح عند قوله ولو باع عبده غيره بغير أمره نقلا عن الزيادات فليراجع اه (قوله والفرق أن البينة حجة مطلقة) أى ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه اه فتح (قوله مبيعة) أى لما كان ثابتا في نفس

لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذا أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا غير أن الحرية والطلاق والنسب مبنيان على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب يبنى على العلوق والطلاق والحرية يتقرب بهما الزوج والمولى فيبنى عليهم قال رحمه الله (مبيعة ولدت فاستحقت بينة تبعها ولها وان أقربها للرجل لا) والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كسماها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة ثبت به الملك في المقربة ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة بآبانه بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق في حقه ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك بقدر على انشاء الملك للمالك فيحصل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم به المستحق ان لم يكن مال كاله قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان مجازحه الله قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف بالزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وكذا في النهاية أن الولد انما لا يتبعها في الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه قال رحمه الله (وان قال عبدا لمشتري فاشترى فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شيء على العبد والارجح المشتري

الامر قبل الشهادة به اه فتح (قوله فيثبت بها الملك من الاصل) قال الكمال فالولد كان متصلا في الزمان الذي يسحب عليه اظهار على البينة الملك فيكون له أما الاقرار حجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة ضرورة تعميم خبره وذلك يحصل بآبانه في الحال والولد في الحال منفصل عنها والاقرار انما هو باق فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرناشي أنه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضي بالبينة لانه ثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت على الاخير أنها حره الاصل حيث يرجعون اه فتح (قوله فلا يظهر الاستحقاق في حقه) أى في حق الولد اه (قوله ثم قيل) أى في صورة الاستحقاق اه قال الكمال واذا قلنا ان الولد المستحق بالبينة نقضى القاضي بالام هل يدخل في القضاء فيه صيروه مقضيا به اه (قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم) وكذا لو كان الولد في يد رجل آخر غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد اه اتفاقا قال الكمال وكذلك اذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل حيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اه (قوله في المتن وان قال عبدا لمشتري) أى لرجل يطلب شراء عبدا اه (قوله فان عبدا) أى لفلان اه (قوله فاشتراه) أى بناء على كلامه اه (قوله فاذا هو حر) أى بينة أقامها اه كمال وقوله فاذا هو حر قال الاتقاني غير ممنون لانها اذا المتأخرا معناه أن العبد وجد حرا الاصل بينة أقيمت عليه اه (قوله أو غائبا غيبة معروفة) يعنى يدري أين هو اه (قوله فلا شيء على العبد) أى لوجوده من عليه الحق وهو البائع اه (قوله والارجح) أى وان لم يدرب البائع أين

هو اه عني (قوله والعبد على البائع) وانما لا يرجع على العبد اذا كان المولى حاضرا يتمكن من الرجوع على القابض اه (قوله وعن أبي يوسف) أي في غير ظاهر الرواية اه (قوله لان ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اه (قوله أو قال أنا عبد ولم يرد على ذلك) فانه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الامام الترمذي في الجامع الصغير فالرجوع (١٠١) مقيد بقيد قوله اشتري وقوله اني عبد اه

(قوله لا يختلف بين أن يكون

حاضرا) أي المضمون بما عليه اه (قوله أنه لم يوجد منه) أي من العبد اه (قوله كما اذا كان ذلك من الاجنبي) بان قال الاجنبي اشتري فاه عبد فظهر حرا لا يلزم الاجنبي شيء اه (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ان الاخبار كما لا يوجب الضمان اه (قوله رجعوا عليه بقيمة) أي بقيمة العبد اه فتح (قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة) أي فلم يقتض سلامة العوض اه اتقاني قال الكمال بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن يبدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء الدين ولو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تقديرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لا آخذك فداك عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلوكه فتهب ماله لا يضمن وكذا لو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمضمون

على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن) يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتنه فاداهو حريته لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول أيضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كسئلة الرهن وكما اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يرد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كل رهن يحققه أنه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فمين قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن أو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمضمون فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للشئرى عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما أقدم على الشراء معتقدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حرية الاصل وأهلية الضمان وتعدرا لاستيفاء من جهة البائع يؤخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد أدنت له في التجارة فبايعوه فليحقه ديون ثم ظهر أنه حراً واستحق رجوعا عليه بقيمة بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة الملية منه والبيع عقد معاوضة فامكن أن يجعل الامر به ضمانا لسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة الأثرى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كتمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا لسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستهبة من الامر بالكل والساولة أو كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وأمر الاجنبي لا يعا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشتري أو قال أنا عبد ولم يرد عليه لان الحري يشترى تخليصا كالا سيرة وقد لا يجوز شراء العبد كالكاتب فلم يوجد منه ما يبدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البائع لانه قضى ديناً عليه وهو مضطرب فيه فلا يكون متبرعا كغير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تصور هذه المسئلة على قول أبي حنيفة فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لتكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بيئته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتعزم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامسة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه بعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لحفاء الحال عليه فيعني التناقض فيه أما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبوه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو اسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم يبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر في التناقض وأما في العتق

فأكله فأتى غير أنه يستحق عند الله عذابا لا يطاق اه (قوله على البائع) هو الصواب وفي خط الشارح على الأمر اه (قوله فلا يكون متبرعا الخ) قال الكمال بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطربا فيه فانه لا يرجع به اه (قوله والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى) وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد تناقض لا محالة اه اتقاني (قوله بان الوضع) أي وضع المسئلة اه (قوله والدعوى فيها ليست بشرط عنده) أي كقولهما في دعوى الحرية مطلقا اه كمال (قوله لتضمنها) أي الدعوى اه

(قوله كالمختلعة تقيم البيعة أن زوجها طلقها ثلاثاً قبل الخلع) يقبل ذلك منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم اه
غايه وقوله طلقها ثلاثاً ثم أقيد بالثلاث لأن غيبادون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البيعة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة
بينتها قبل يوم أو يومين وأما في الثلاث فلا يمكن اه (قوله وكلا كاتب إذا أقام بيعة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة) أي تقبل مع أن
اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض لاختلاف قريج المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة
وذكرهما مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قيصاً وخطه وجاء مستحق قال هذا القيص
لي وأثبتته بالبيعة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع
والخطاطة كمن غصب ثوباً فقطعه وخطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان فالأصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع
الكائن من الأصل يرجع عليه وان ورد على المشتري بعد ما صار الى حال لو كان غصباً لملكه لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا
لو اشتراه من منته شهرين فأقام رجل بيعة أنه له من شهرين يقضى له بها ولا يرجع هو على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القيص
ولو كان أقام البيعة أنه له قبل هذا الصفة يرجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت
قبل الطحن لي يرجع وكذا إذا اشترى لحماً فشقاه ولو اشترى شاة فذبحها وطلخها فأقام البيعة آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له
فقضى به يرجع المشتري على بائعه (١٠٣) لان هذا استحقاق عين الشاة اه كمال قال الناطقي في كتاب الاجناس رجل باع

غلاماً وهو ساكت ثم قال
بعد البيع مع علمه بالبيع
أناسراً لا يقبل قوله وهو عبد
ذكره في اقرار الأصل وقد زاد
في مختصر الطحاوي وقيل له
بعد البيع قم مع مولدك
فقام فذلك اقرار منه بالرق
الى هنا لفظ الاجناس في
البيوع اه اتقاني رحمه الله
رجل اشترى جارية وباعها
من غيره فتسدا ولها الأيدي
فأعت عند المشتري الرابع
انهم سحرة فردها الرابع على
الثالث بقولها والثالث على
الثاني وأبى البائع الأول أن

الطارى فلان المولى يستبذبه ويختي على العبد فيعذر في التناقض كالمختلعة تقيم البيعة أن زوجها طلقها
ثلاثاً قبل الخلع وكلا كاتب إذا أقام بيعة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله (ومن ادعى حقاً في
دار) أي مجهولاً (فصول على مائة فاستحق بعضها لا يرجع شيء) لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقي
وان قل فإدام في يده شيء لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانه لا يفتقر الى أخذ عوض مالا يملك فبرده
ودلت المسئلة على أن الصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه لا يفضي الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلا
عنه جاز وقد ذكرناه في الإبراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست
بشرط صحة الصلح لان دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو أقام البيعة على هذه الصورة
لا تقبل بيئته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فيثبت تقبل بيئته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف
البيعة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا في دعوى الاقرار أو دعوى المقدر من الدار لانهم معاوضة أو
لاقتداء اليقين والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا اليقين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى فلما قد تكون
لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشيء وان قدره بحزم معلوم بربع مثلاً
أو نصف لا يرجع عليه مادام في يده ذلك القدر وان بقي أقل منه يرجع عليه بحسب ما استحق منه
قال رحمه الله (ولو ادعى كلها يرجع عليه بقسطه) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها
شيء تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسبه من العوض قال رحمه الله (ومن باع ملكاً غيبه

يقبلها قالوا ان كانت الجارية ادعت العتق فله أن لا يقبل من الجارية قولها وان ادعت انها حرة الأصل وقد اتفادت البيعة فللمالك
والتسليم بان بيعت وسلمت للمشتري وهي ساكتة فللبائع أيضاً أن لا يقبلها لان اتقاداتها على هذا الوجه بمنزلة الاقرار بالرق ولو أقرت بالرق
ثم ادعت العتق لا يقبل قولها الا بيعة وان أنكرت البيعة والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لانه اذا لم تقر بالرق كان القول قولها في الحرية
وكان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن كما ثبتت الحرية بالبيعة وقال بعضهم اذا ادعت الحرية لم يكن له أن يرد على البائع بقولها لكن
ينبغي له أن يتزوجها احتياطاً حتى يحل له وطؤها لما يملك اليقين ان كانت أمة أو يملك النكاح ان كانت حرة وكذا كل من اشترى جارية
ينبغي له أن يتزوجها احتياطاً اه فاضحان رحمه الله تعالى (قوله واستحق بعضها) أي بعض الدار اه ع (قوله لا يرجع شيء) أي
لا يرجع المدعى عليه على المدعى اه (قوله غلام في يده) أي في يد المدعى عليه اه (قوله على معلوم عن مجهول) هذا هو الصواب والذي
يخط الشارح عن معلوم على مجهول اه (قوله حتى لو أقام البيعة على هذه الصورة) أي فيما اذا ادعى حقاً مجهولاً في دار اه (قوله في الثمن
ولو ادعى كلها يرجع عليه) عليه ثابت في خط الشارح وليس ثابت في التون اه (قوله في الثمن ومن باع ملك الخ) في بعض نسخ المتن
هنا فصل ووقع ذلك للعيني رحمه الله وترجم له بيع الفضولي اه قال الكمال رحمه الله مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان
دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه لانه يتضمن إمداد دعواه أن بائعك باع ملكي بغير إذني لغصبه أو فضوله وأحسن
المخارج الملمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غالب في الاشتغال بما لا يغنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لن يا مربي المعروف

أنت فضولي يخشى عليه الكفر اه قال الاتقاني مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جدا فان المال في صورتين جمعاني
يد صاحب اليد بلاذن المالك ثم ترجة الفصل ببيع الفضولي لكونه أئين أحسن من ترجمته بباب بيع عبد الغير كما وقع في الجامع الصغير
المرتب ثم الفضول بضم الفاء وفتح الفاء خطأ وهي نسبة لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه حتى قبل
فضول بلافضل وسن بلاسنا . وطول بلاطول وعرض بلاعرض

اه كذا في المغرب ويسمى من يشتغل بما لايعنيه فضوليا وفي اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف في حق الغير بلاذن شرعي كالأجنبي
يرزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصاري والاعرابي اه (قوله
في المتن فللمالك أن يفسخه ويحيزه) وهو قول مالك وأحمد اه كمال (قوله بشرط أن يبقى المتعاقدان) وهما البائع الفضولي والمشتري
منه اه ع (قوله والمعقود له) أي والمعقود به لوعرضا اه متن والمعقود به هو الثمن اه (قوله والاصل فيه أن كل تصرف صدر من
الفضولي وله محيز حال) قال الاتقاني اعلم أن كل عقده محيز حال وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه
على اجازة المالك فان اجازته ثبت مستندا الى وقت العقد ولا يبطل التصرف اه (قوله وان لم يكن له محيز حال العقد) محل تأمل تأمل
تدر اه (قوله وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي) قال في الهداية (٣٠٠) وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية
لانها بالملك أو باذن المالك

وقد فقد اولاً لان عقدا لا بالندرة
الشرعية ولنا أنه تصرف
تملك وقد صدر من أهله في
محل فوجب القول بان عقاده
اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخير
قال الكمال وقول المصنف
تصرف تملك من اضافة
العلم الى الخاص كحركة
الاعراب والاضافة في مثله
بيان أي تصرف هو تملك
وحركة هي اعراب ولا حاجة
الى هذا القيد هنا لان
تصرفات الفضولي تتوقف
عندنا اذا صدرت والمتصرف
محيز أي من يقدر على الاجازة
سواء كان تملكاً كالبيع

فللمالك أن يفسخه ويحيزه ان بقي المتعاقدان والمعقود عليه وله وبه لوعرضا) أي للمالك أن يحيز العقد بشرط
أن يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من
الفضولي وله محيز حال وقوعه انعقد موقوفاً على الاجازة عندنا وان لم يكن له محيز حال العقد لا يتوقف ويقع
باطلاً والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذ على العقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد
والصغير المحجور عليهما وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي أصلاً ولا تجوز باجارة المالك لانها
وقعت باطلاً تخلوها عن ولاية شرعية ذهبي بالملك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فتلغو لان
التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن أبي الجعد
البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة فاشتري له به شاتين فباع احدهما بدينار
فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشتري التراب لربح فيه رواء البخاري وأحمد وأبو داود
وحديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم بعثه ليشتري له أضيحة بدينار
فاشتري أضيحة فأرخص قيم ديناراً فاشتري أخرى مكانها فجاء بالأضيحة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال نسح بالشاة ونصدق بالدينار رواء الترمذي وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه ولو كان
باطلاً لرتبه وأتكر عليه ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافاً الى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً ننعقد
وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوقماً وقد وجد وليس فيه ضرر على المالك لانه
مخير فاذا رأى المصلحة فيه نقذه والافسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار
الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فثبت القدرة

والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأته غيره أو أعنت عبده فأجار طلقته وانعتق وكذا ما ترا الاسقاطات
للدون وغيرها فكان الاحسن أن يقول تصرف شرعي اه وقوله ولا انعقاد الا بالندرة الشرعية قال الكمال وقوله ولا انعقاد الا بالندرة
الشرعية ان أردت لان انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر وان أردت لان انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته في الاجارة
فيحيز فعله أو عدمها فيبطله ع وع ولا دليل عليه بن الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري
من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اه (قوله فقال) أي صلى الله عليه وسلم يارك الله في صفقتك اه كمال
(قوله وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية الخ) قال الاتقاني لان محل البيع بكونه مالا متقوقماً لا بكونه مملوكاً كالبائع لانه يصح
بيع الوصي والوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد ولانه عقده محيز حال وقوعه
فوجب أن يصح كالأوصى بجميع ماله أو أوصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اه (قوله وقرار الثمن) أي ونفاق سلعته وراحته
فيها ووصوله الى البديل المطالب له المحبوب والمشتري ووصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان
مهماله اه كمال (قوله وسقوط) ثابت في خط السارح وينبغي اسقاطه اه كمال (قوله وفيه نفع للتعاقدين) العاقد بصون كلامه
عن الالغاء والاهداء بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لآخيه المسلم اه كمال

(قوله قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك الخ) قال الكمال قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا بل هو مرجوح فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوحا كلف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والافلا وقوع في الحال ولا يقطع وقوعه فكان ينبغي أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجح صح وانعقد سببا في الحال مضافا وعند الشرط كقولنا هذا اه (قوله ولان السبب انما يلغوا الخ) اذا أجزى بيع الفضولي يستحق المشتري الزوائد المتفصلة والمتصلة بخلاف ما اذا أدى الغاصب الضمان حيث يملك المتصلة لا المتفصلة اه كمال (قوله ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه الخ) قال الكمال وعدم توقف طلاق الصبي ولو عمل الحق الشرع فانه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان أهلا اذ صح تركه بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضررها فان عقد النكاح شرع التراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة قوله (ع . ١٠) ولا على اجازة بعد البلوغ بخلاف ما اذا اشترى أو تزوج أو زوج أمته فان هذه التصرفات

تتوقف منه على اجازة وليه
واجازته بعد البلوغ اه
فرع في قال في الجامع
الغني اذا بيع متاع انسان
بين يديه وهو ينظر لا يصح
لان سكوته يحتمل الرضا
ويحتمل الضغط وقال ابن
أبي ليلى سكوته يكون اجازة
قوله الزيلعي في مسائل آخر
الكتاب عند قوله باع عقارا
الخ اه فرع في رجل
باع جارية بغير اذن المولى
وزوجها رجل آخر بغير
اذن المولى وأعتقها فضولي
فأخبر المولى قال أجزت جميع
ذلك قال الشيخ المولى أبو بكر
محمد بن الفضل رحمه الله نفذ
العتق ويبطل ما سواه ذكره
فاضنجان في البيع الفاسد
اه (قوله وانما شرط لصحة
الاجازة بقاء المتعاقدين
والمعقود له الخ) قال الكمال وفي
الايضاح عقد الفضولي في حق
وصف الجواز موقوف على
الاجازة فأخذت الاجازة حكم

الشرعية احرار الهذه النافع على أن الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع
اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة الا من صدق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل
ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فاذا لم تفد الحكم لا تعتبر
وحكمها وهو التملك لا يتصور من غير مالك فيلغوا قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه
اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهذا لو أعتق المشتري ثم
أجاز المالك البيع نفذ عتقه ولان السبب انما يلغوا اذا خلا حكمه عنه شرعا وما اذا تأخر فلا لان العلة
قد بناخر حكمها العارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين أولا حدهما وكلاهما حين اذا تباعا ههنا
برهن بغير اذن المرتين ان عقد توقف الحكم لحق المرتين وكذا الطلاق المضاف الى شهر ثبت للعمال
ويتأخر حكمه وكذلك شهر رمضان سبب وجوب الصوم ويتأخر الوجوب في حق المسافر والمريض
ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا تجوز لو أجازها الولي أو هو
بنفسه بعد بلوغه لان هذه العقود لا يجوز لها حال وقوعها التمسحها ضررا عليه ألا ترى أن الولي لا يملك
انشاء ما يثبت في بعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقدا يملكه عليه الولي كالنكاح والاجازة
والبيع من غير غبن توقف حتى لو أجازها الولي أو هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الا بقر
ثم اذا باع المبيع قبل القبض أو الا بقر لا يجوز لنهي الوارد فيه فكذا هذا بل أولى لان الا بقر والمبيع
ملكه وهو مع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك أولى قلنا كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل
القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الا بقر في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما
روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان أن يبيع شيئا لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه
بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي
فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تسع ما ليس عندك رواه
أبو داود وأحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض
يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاءه واذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يد الفضولي بمنزلة
الوكيل حتى لا يضمن بالهلال في يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبله لان الاجازة اللاحقة كالو كالة السابقة

الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة والفضولي
ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه تلزمه حقوق العقد بالاجازة
ولا تلزمه الاحياء والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه اه (قوله ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا) حقيقته يشترط بقاء خمسة
الاربعة السابقة والخامس قيام العرض اه (قوله لان الاجازة اللاحقة كالو كالة السابقة) أي من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن
من كل وجه فان المشتري من المشتري من الفضولي اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ
على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا التزوجت أمة وطها مولاها بغير اذنه فان قبل الاجازة توقف النكاح على
اجازة الوارث لانه لم يملك ملكا باتا للوارث في البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن الم اه كمال رحمه

الله تعالى (قوله والفضولي أن يفسخ) قال الكمال والفضولي أي في البيع أن يفسخ قبل إجازة المالك حتى لو أجازته لا يتقدم والفقهاء
الموقوف وإنما كان لذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في
العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله والفضولي أن يفسخ الخ وكذا المشتري منه أن يفسخ قبل الإجازة اهـ
مبسوط بمعناه اهـ (قوله بخلاف الفضولي في النكاح) قال الكمال رحمه الله بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل
لأنه معبر بحض أي كافل عبارة في الإجازة تنقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطه به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر وتعلق الحقوق
وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجها اختها وقف العقد الثاني أيضا
بخلاف مالو وكله بعد عقده فصولا أن يزوجه امرأة فزوجها من غائب فقبل أن يجيز زوجها اختها فان العقد الأول يبطل لطرز البات على الموقوف اهـ وقال الاتقاني
وفي باب النكاح لو أن فضوليا خطب امرأة لرجل بغير أمره فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف على إجازته فان
فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل لأن حقوق العقد لا تصرف إليه وهو فيه معبر فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة
الأجنبي ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ اهـ (قوله وإجازة المالك الخ) أي الإجازة من المالك فيما إذا كان الثمن عرضا إجازة
نقد أي إجازة أن يتقدم الفضولي عن العرض من مال المالك لإجازة عقد موقوف لأن العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا
يحتاج إلى إجازة العقد فالاقتناعي وقال الكمال فان كان أي الثمن عينا بان باع الفضولي ملك غيره بعرض معين ببيع مفاضلة اشترط قيام
الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض وإذا أجاز مالكا المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا العرض من
وجهه والشراء لا يتوقف إلا إذا وجد نفادا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض (١٠٥) والذي تنفيه الإجازة أنه أجاز للفضولي أن

والفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر
بحض فلا ترجع الحقوق إليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد للفضولي عند الإجازة حتى لو أجازته
بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما إذا كان دينيا وإن كان عرضا معيننا
كان الثمن العرض للفضولي ملكا له وإجازة المالك إجازة نفذ لا إجازة عقد لأنه لما كان العرض متعينا
كان شرا من وجهه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشران وجد نفادا فيكون مالكا له وإجازة المالك
لا ينقل إليه بل تأثير إجازته في النقل لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع أن كان مثليا أو لا
فقيمه لأنه لما صار البذل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضه في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما
لو قضى دينه بمال الغير واستقرض غير المثلي جاز فنعما وإن لم يجز قصدا لا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة
على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه لأن النكاح على العبد مشروع فينفذ من ضروره بصير قرضا
فكذلك هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرف العاقل عليه
واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل ولا يقال لو كان شرا لمالكا

(١٤ - زيلعي رابع) صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه إذا أدام من مال نفسه بصير مقرضا حتى رجع
بقيمه إن كان ثوبا بالان الثوب مثلي في باب السلم فكذلك فيما جعل تبعاله فكذلك هنا إذا لصحة لشراء العبد لا بقرض الجارية والشراء
مشروع فخافي ضمنه يكون مشروع عا هذا وإنما يتقدم الشراء على المشتري إذا لم يصفه إلى آخره ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق
بتوكيل للمشتري من آخر فاما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل
لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه إجازة الذي اشتراه أولم يجزه أما إذا أضافه إلى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا
فقال بعث وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف اهـ (قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ) قال الاتقاني
والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فان قال الفضولي بع هذا العين لفلان فقال المالك بعث وقال
الفضولي اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعث هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس
أما إذا قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعث أو قال المالك بعث منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت فلا يتوقف
على إجازة فلان لأنه وجد نفادا على المشتري لأنه أضيف إليه ظاهرا ولا حاجة بنا إلى إيقافه على رضا الغير وقوله لاجل فلان محتمل لاجل
رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لأنه لم يجد نفادا على غير المالك ولم يتقدم في حق البائع فاحتج إلى إيقافه
على رضا الغير اهـ قال الكمال وأما القياس على الفضولي ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو أن
الفضولي لو قال بع هذا العين لفلان إلى آخر ما ذكره الاتقاني اهـ وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ جواب

عن سؤال بان يقال لم يجعل شرا ولم يجعل بيعا مع أن بيع المقيضة شرا من وجه فأجاب الخ (قوله لا يتخذ باجازه الوارث في الفصلين) أي فيما إذا كان الثمن عرضا أو ديناه غايه (قوله ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه) أي فان أجاز صرح والافلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث اه (قوله بان باعها المولى) أي الامه التي تزوجت بغير اذنه اه (قوله كان الحكم كذلك) أي تنتقل الاجازة الى المشتري (قوله جازعته) قال الكمال كذا ذكره في الجامع الصغير ولم يذكر خلافه فالكهني أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاوره فيها بين أبي يوسف ومحمد بن عيسى عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويته لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وانما رويته أن العتق باطل (١٠٦) وقال محمد بن رويته أن العتق جائز واثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا

لا يجوز لتكذيب الاصل
الفرع صريحاً وأقل ما هنا
أن يكون في المسئلة هنا
روايتان عن أبي حنيفة
قال الحاكم الشهيد قال
أبو سليمان ان هذه رواية
محمد بن أبي يوسف ونحن
سمعنا من أبي يوسف أنه
لا يجوز عتقه وسجيء اه
وقوله جازعته أي استعسانا
اه هداية (قوله والمطلق
ينصرف الى الكامل)
واستوضح على ذلك بفروع
أربعة اه (قوله حتى يتخذ بيع
الغاصب اذا أدى الضمان)
هذا اذا أدى قيمته يوم الغصب
أما اذا ضمن قيمته يوم البيع
لا يتخذ بيعه اه عمادية
في آخر أربعة وعشرين
(قوله أن البيع أسرع نفاذا
من العتق) أي فاذا لم يتخذ
بيعه لم يتخذ اعتاقه بالطريق
الاول اه (قوله وكذا لو
باع) استيضاح ثان لكون
البيع أسرع نفاذا اه (قوله
لا يتخذ عتقه لما ذكرنا) أي

الوكيل بالبيع لا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجربى على اطلاقه في غير
موضع التهمة ولومات المالك لا يتخذ باجازه الوارث في الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا
ينتقل الى غيره بخلاف الوصى أو الاب اذا توقف على اجازتهما في مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى
الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت أمة بغير
اذن مولاهما وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان
لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء
أيضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو أجاز المالك
في حياته ولا يعلم حال المبيع جازا لبيع في قول أبي يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله
(وصح عتق مشتري من غاصب باجازه بيعه لا يبيعه) معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فأعتقه المشتري
فأجاز المالك البيع جازعته ولم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز
عتقه أيضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وهذا
لان عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك
بطريق الاستدلال فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل
لمارونا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو أعتقه
الغاصب ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري
حتى يتخذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان ولا يتخذ بيع المشتري اذا أجاز المالك البيع الاول وكذا
لو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا يتخذ عتقه وكذا اذا قبض المشتري من الغاصب
ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم يتخذ الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى يصح بيع
الكاتب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المعصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتقه
ثم أدى الضمان لا يتخذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب
الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقفا ينصرف مطلق مفيد للملك
بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه ويتخذ نفاذا وصار كاعتاق المشتري من
الراهن فانه يتوقف ويتخذ باجازه المرتين البيع وكاعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرفة بالدين
فأجازت الغرماء البيع أو اعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرفة بالدين فقضى الدين أو أبرأ الغرماء

ان البيع أسرع نفاذا اه (قوله وكذا لو باعه الغاصب الخ) قال الكمال وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا أدى
الغاصب الضمان ولا اطلاق في النكاح الموقوف حتى لو أجزى لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السواء ولذا
اذا جعل فضولي أمر امرأة بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا لا اه
(قوله وبطل عتقه) أي بطل عتق المشتري من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان وهذا قول البعض والاصح أن عتقه نافذ اه كما سجيء
بعد أسطر اه (قوله بتصرف مطلق) قال الكمال ومطلق بفتح اللام واحترزه عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق
المشتري والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم بانما هو موقوف وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أفصح اه
(قوله ويتخذ باجازه المرتين البيع) والجامع أن كلا منهما اعتاق في بيع موقوف اه فتح وقوله المرتين هو الصواب ولكن الذي يخط

الشارح المشتري اه (قوله بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) جواب عن الاول اه (قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع الخ) جواب عن الثاني اه (قوله والمشتري من الغاصب الخ) جواب عن الرابع (قوله ثم ملك) أي الغاصب اه (قوله والاصح أنه يتفقد) كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف فإنه ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى اه كمال رحمه الله (قوله وانما يبطل بيع المشتري) جواب عن الثالث اه وقوله وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب الخ وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (٧٠) والافقد كان فيه ملك بات وعرض

مع ملك الموقوف اه كمال (قوله لانه بالاجازة ثبت للمشتري) قال الاتقاني رحمه الله وقرئ الزاهد العتاني بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث يتفقد بالاجازة وبين البيع الثاني حيث لا يتفقد بالاجازة البيع الاول وقال ان بالعتق ينتهي الملك والمنتهى مقرر حكما وما كان مقرر الشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لانه غير مقرر للملك لانه ازاله الملك لانهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة الفقه في ذلك أن زوال الملك ضد الملك والشيء لا يتوقف بتوقف ضده أما العتق فمقرر للملك ومقرر للشيء جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري لو أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اه (قوله والمالك

منه فإنه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشيء اذا توقف بتوقفه واذا نفذت بتوقفه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوا وانما اعتاق الملك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مبنيا للملك في الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكاه بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحاكم أصلا فكان الملك فيه غير موجود ولو جرد الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن تعمل في حق الحاكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حق نفسه ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب اذا أعتق ثم ملك الموصوب بإداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح أنه ينفذ لان ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع ألا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشتري من الغاصب عند اجازة الموصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشتري الا ان وهو البائع الثاني ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات والمالك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا ما نعلم ما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لما لم يكن بل كان هذا أولى بالامتناع لان البات فيهم موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفع به بعد ثبوته فأولى أن يمنع من الثبوت لان المنع أسهل من الرفع لا ناقول المنع والرفع انما يصح كونان عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بما فاذا أجاز المالك بيع الفضولي فالمالك البات يثبت للفضولي والمالك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوق التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا أدى ضمان الموصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة ان ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحاكم لا لعدم الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد في حق الحاكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم

الموقوف في محل واحد) وفي صورة اعتاق المشتري من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشتري وكان الولاء له اه اتقاني (قوله لان البات فيه موجود الخ) هذه مغالطة بيانها في العاية اه (قوله ثم) أي في المغالطة المذكورة اه (قوله فاذا أجاز المالك بيع الفضولي) أي بيع الغاصب للفضولي اه (قوله فالمالك البات يثبت للفضولي) وهو المشتري من الغاصب اذ هو فضولي أيضا لبيعته ملك غيره اه وقوله فالمالك البات الذي يحظه فالمالك ثابت اه (قوله لا ينعقد في حق الحاكم) أي وهو الملك اه فتح (قوله وعندهما ينعقد في حق الحاكم الخ) قال الكمال وبعد المقدمة القائلة في كلام محمد المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اه

(قوله لدفع الضرر) أي عن المالك اه فتح (قوله والضرر في النفاذ) أي لا في توقفه اه فتح (قوله في المتن ولو قطعت يده عند المشتري فأجزأ الخ) علم أن قطع اليد لا يمنع الإجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما إذا مات العبد أو قتل بطلت الإجازة اه (قوله وانما ثبت الملك له ضرورة) أي في المتصل اه اتقاني (قوله لان فيه شبهة عدم الملك الخ) قال الاتقاني رحمه الله فيه نظر لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده قال نثر الدين قاضيخان فان كان المشتري أعنتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد اه (قوله في المتن ولو باع عبده بغير أمره) قال الكمال وان وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة باع عبده بغيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على اقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذا لاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وأنه علك يبعه ودعواه اقراره بعدم الامر تناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح ولم علك البائع البيع وقبول البينة ينبغي على صحة الدعوى بحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه (١٠٨) وقال المشتري أمره أو ادعى عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعى الامر لان

والتراخي الى وقت الإجازة لدفع الضرر والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الصارة قال رحمه الله (ولو قطعت يده عند المشتري فأجزأ فإرشه لمشتريه) أي لو قطعت يده عند بيعه الفضولي ثم أجاز ماله البيع يكون أرش اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقير قبل الإجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محذور العذر له ان الملك من وجهه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكتاب اذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتناق لاقتناده الى الملك الكامل ومع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع الملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد قال رحمه الله (وتصدق بمأذ على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه مولاه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح مالم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح مالم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله (ولو باع عبده بغير أمره فبرهن المشتري على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل البطلان دعواه بالتناقض اذا قدمها على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبيئة لا تبني الاعلى دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا بشكل بما ذكر في الزيادات أن المبيع اذا اتماه رجل فصدقه المشتري في دعواه وأخذ المستحق باقراره ثم أقام المشتري البينة على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما

الاخر من ناقض اذا قدمه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الاخر ولذا ليس له أن يستخلفه لان الاستخلاف يقترب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات اه (قوله فبرهن المشتري) أي أقام بينة اه ع (قوله أو رب العبد) أي أو برهن المشتري على اقرار رب العبد أنه لم يأمر البائع بالبيع اه (قوله وهذا بشكل بما ذكر في الزيادات الخ) صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه يدعي لنفسه فان أقرب المدعى أمر بتسليمها ولا يرجع

بالثمن على بآئعه لان اقراره بها لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فشكل ففقدى عليه بالنكول لان بأن نكوله ليس حجة على غيره لانه كإقراره اه فتح (قوله وفرقوا بينهما الخ) قال الاتقاني رحمه الله أي فرق المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد في مسألة الجامع الصغير في يد المشتري فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشتري والعين سالمة لانه في يده وفي مسألة الزيادات العبد في يد المستحق فوجب شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا في هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري ولئن سلمنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لان التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا وبني البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى أن يقال ان المشتري أقام البينة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا عمل صحيح ولهذا لم يقبل البينة في الزيادات أيضا في آخر الكتاب في الباب الذي سبق بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيا رجل من رجل

ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمر فيه وقال المشتري بل أمر به فان القول قول الذي يدعي الامر لان المعاقلة بينهما دليل على ثبات وصحة
 فاذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل التناقض ولانه سعى في نقض ما أوجبه فبطل فان أراد المدعي منهما الفسخ بان يقيم البيعة على اقرار
 صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد عين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما يبتنى على
 ذلك اهـ وقول الشارح رحمه الله وفرقوا بينهما الخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو الفرق المصنف وهو
 منظور فيه بان وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما سمعتك والاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ
 أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البيعة على اقرار البائع قبل البيع أما إذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره
 بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعد الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد
 البيع قال ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين اهـ وقيل مسألة الجامع محمولة على اقرار البائع
 أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم (١٠٩) التناقض فقبلت ومما يناسب المسألة

بأن العبد في يد المشتري في المسألة الاولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن
 أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل
 اختلف الجواب لاخلاف الوضع فوضع ما ذكرهنا فيما إذا أقام البيعة على أن البائع أقر قبل
 البيع بأن المبيع للمستحق واقدامه على الشراء يثبت ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع
 ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البيعة على أن البائع أقر بعد البيع أنه المستحق فلا يصير متناقضا فتقبل
 بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل
 البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فالمشتري أن يساعده فيه
 فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقه ما لا في حق رب العبدان كذا هما وادعى انه كان أمره فاذا لم
 ينسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري لانه يرى بالتصادق
 وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا اتى رجوعه على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشتري
 عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للوكيل وعندنا لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل
 وتصادقائه وكله فان أقام الوكيل البيعة لزمه والاسخلاف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه
 لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسح القاضي البيع بينهما لانه
 ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره
 لم يؤثر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فالو حلف المالك وحلف أخذ العبد وان
 نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح
 القضاء على الغائب بفسخه والبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف
 ضمن البائع ونفذ ببيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باءا الضمان ولو مات المالك قبل حضوره
 فورثه البائع وأقام بينته على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على اقرار
 مشتريه بذلك بعدم موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

بأن العبد في يد المشتري في المسألة الاولى وفي مسألة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن
 أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب ورجع في مسألة الزيادات وقيل
 اختلف الجواب لاخلاف الوضع فوضع ما ذكرهنا فيما إذا أقام البيعة على أن البائع أقر قبل
 البيع بأن المبيع للمستحق واقدامه على الشراء يثبت ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع
 ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البيعة على أن البائع أقر بعد البيع أنه المستحق فلا يصير متناقضا فتقبل
 بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل
 البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فالمشتري أن يساعده فيه
 فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقه ما لا في حق رب العبدان كذا هما وادعى انه كان أمره فاذا لم
 ينسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري لانه يرى بالتصادق
 وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا اتى رجوعه على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشتري
 عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للوكيل وعندنا لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل
 وتصادقائه وكله فان أقام الوكيل البيعة لزمه والاسخلاف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه
 لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسح القاضي البيع بينهما لانه
 ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره
 لم يؤثر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فالو حلف المالك وحلف أخذ العبد وان
 نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح
 القضاء على الغائب بفسخه والبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف
 ضمن البائع ونفذ ببيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باءا الضمان ولو مات المالك قبل حضوره
 فورثه البائع وأقام بينته على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على اقرار
 مشتريه بذلك بعدم موته تقبل بخلاف ما إذا أقامها على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسح القاضي أنه يعضى اقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا
 اهـ (قوله لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة الخ) فان من أنكر شيئا ثم أقر به صح اقراره بخلاف الدعوى اهـ (قوله فالمشتري أن يساعده)
 أي يوافق فيه اهـ (قوله فيتحقق) أي بطلان البيع اهـ ع (قوله فينتقض في حقه ما لا في حق رب العبدان كذا هما) قال الكمال
 وفرعها أن صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كنهما وقال كتب أمره كان القول قوله لما ذكرنا أن
 اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن لا امر
 في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري لا امر ويرجع المشتري على البائع مثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع
 يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد وملك الاقالة بغير رضا الامر وعلى قول أبي يوسف لا يملك اهـ (قوله لانه يرى بالتصادق)
 فيه اشكال حيث اعتبر فيه الاقرار على الغير اهـ وفرع كذا الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل
 فضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اهـ فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اهـ

(قوله ولغناو كيل باثعه) أي تو كيل الأمر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله أي تو كيل رب العبد باثعه أي لغناو تو كل رب العبد باثعه
 اه (قوله في المتن ومن باع دار غيره) أي عرصة غيره بغير أمره اه فتح (قوله لم يضمن البائع الدار) أي عند أبي خنيفة من أقر بالغصب
 منه وهو قول أبي يوسف آخر أو كان يقول أو لا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق أو لا عند أبي خنيفة لا وعند
 محمد نعم فيضمن اه كمال قوله وعند محمد نعم تف سيره إذا غصب دارا فأنه دمت أو أرضا فأنه تقضت وسيجي بيان الخلاف في غصب
 العقار في الغصب اه اتقاني

باب السلم

لما فرغ من بيان أنواع البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في العوضين ولا في أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم
 والصرف لأن السلم يشترط فيه قبض (١١٠) أحد العوضين في المجلس وقدم السلم على الصرف لأن الشرط في السلم قبض

أحد العوضين في المجلس وفي الصرف قبضهما والتري يكون أبدا من الأدنى إلى الأعلى قال صاحب التحفة البيع أربعة أنواع أحدها بيع لعين بالعين كبيع السلع بأنواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثاني بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالائتمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وأنه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فإن السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل اقتراق العاقلين بأنفسهما فيصير عينا اه اتقاني قال الكمال وخص باسم السلم (ما أمكن ليتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الثمن سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة في السلم هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن آجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلا فالسليم من تسليم رأس المال في الحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع به لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بأجل لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل بوجه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل ببيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لا أترأس لك عشرة دراهم في كرخطة أو قال أسلفت وقال لا أترقبك ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه اه اتقاني رحمه الله (قوله اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى) والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكسبوه وفائدة قوله مسمى

أحد العوضين في المجلس وفي الصرف قبضهما والتري يكون أبدا من الأدنى إلى الأعلى قال صاحب التحفة البيع أربعة أنواع أحدها بيع لعين بالعين كبيع السلع بأنواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثاني بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالائتمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وأنه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه ان شاء الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فإن السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل اقتراق العاقلين بأنفسهما فيصير عينا اه اتقاني قال الكمال وخص باسم السلم (ما أمكن ليتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الثمن سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة في السلم هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن آجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلا فالسليم من تسليم رأس المال في الحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع به لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بأجل لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل بوجه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل ببيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لا أترأس لك عشرة دراهم في كرخطة أو قال أسلفت وقال لا أترقبك ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه اه اتقاني رحمه الله (قوله اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى) والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكسبوه وفائدة قوله مسمى

باب السلم

وهو معنى السلف لغة فانه أخذ عاجل بأجل ومسمى هذا العقد به لكونه مجعلا على وقته فان أو ان البيع بعد وجود العقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة بما ليس بوجوده في ملكه فيكون العقد مجعلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجردة لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع ألا ترى الى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع بالكاتب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأتزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وقدرينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقيام بأي جواز له لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم ويباع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز ولكن تركناه بحمدنا قال رحمه الله

يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل اقتراق العاقلين بأنفسهما فيصير عينا اه اتقاني قال الكمال وخص باسم السلم (ما أمكن ليتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الثمن سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة في السلم هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا وفي الثمن آجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلا فالسليم من تسليم رأس المال في الحال وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع به لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بأجل لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل بوجه هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل ببيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لا أترأس لك عشرة دراهم في كرخطة أو قال أسلفت وقال لا أترقبك ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه اه اتقاني رحمه الله (قوله اذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى) والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكسبوه وفائدة قوله مسمى

ليعلم أن من حق الأجل أن يكون معلوما اه اتقاني (قوله لا يجوز السلم فيه لانه) أي المسلم فيه اه (قوله في المتن المتن) المتن صفة لقوله والموزون فقط اه (قوله حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما) أي بالاتفاق لأن المسلم فيه لا بد أن يكون مثنيا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها اه كمال (قوله وقال الأعمش الخ) واعلم أن ما قاله أبو بكر الأعمش اختاره الكمال في الفتح قال وهو عندى أدخل في الفقه وعمله فليتنظر اه (قوله وانما يصح العقد في محل أوجبا) أي أوجب المتعاقدان العقد اه (١١١) (قوله وهذا الخلاف فيما إذا أسلم

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفضى إلى المنازعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم في غير السلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم رواء مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة قدره وقد شرطه عليه السلام قال رحمه الله (وما لا فلا) أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقدار له لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف إلا بالوصف فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله (فيصح في المكيل والموزون المتن) لما روينا ولما ينما من المعنى واحتراز بقوله المتن من الدراهم والدنانير لانهما أثمان وليس بمتن حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فإذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الأعمش يكون بيعا بمن مؤجل تحصيله المقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للعاني وقول عيسى أصح لأن العقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد في محل أوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه إلى تصحيحه في محل آخر لانهم ما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما غير الأثمان وأما إذا أسلم الأثمان فيهما ما كالدراهم في الدنانير أو بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف أن القدر باتفراده يحترم التسليم ولو أسلم في المكيل وزنا كما إذا أسلم في الخنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز لأن الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوما القدر لا لتقي الربا لانه لا يقابل بجنسه لأن المؤدى عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأن المسلم فيه دين في الثمن والمؤدى عين والدين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب في الثمن حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا لخنطة بالخنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلا قال رحمه الله (والعددي المتقارب كالجوز والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فأشبهه المكيل والموزون ويستوى فيه الكبير والصغير لا اصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا تستوى قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لأن أحدهما متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت أحاده في المائنة ويجوز السلم في هذه الاشياء كيلا أيضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح إذا اعتبر فيما لا نص فيه العادة وعثمانه لا يصح عددا أيضا لانه يؤدى إلى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفر رجل والقضاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعدا أخرى فتقطع المنازعة بينهما إذ كان أحدهما أيهما كان إذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله (والفلس) لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن مادام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين وانا كسدمار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به ليصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال رحمه الله (والأبن والأجران سمي ملين لوم) لأن أحادهما لا تختلف اختلافا يفضى إلى المنازعة بعد ذكر الآلة قال رحمه الله (والذرع كالثوب

فيهما) أي في الدراهم والدنانير اه (قوله روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز) وعليه الفتوى لتعامل الناس اه خان (قوله في المتن والعددي المتقارب كالجوز الخ) قال في شرح الجامع الصغير لقاضخان أما السلم في الباذنجان عددا لم يذكر محمد وذكر الشمس السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض هذا لفظه اه اتقاني (قوله لا اصطلاح الناس على اهدار التفاوت) أي فلا ترى جوزة بفلس وجوزة بنلسين بخلاف البطيخ فانك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اه (قوله بخلاف البطيخ والرمان) قال الاتقاني وأما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابن يوسف ما اختلفت أحاده في القيمة واتفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدراهم والجواهر والألحى والادم والجاود والخشب والرؤس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها إلا أنابن من جنس الجاود والادم والخشب

والجذوع شيا معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأنى بجميع شرائط السلم والتحق بالتقارب يجوز اه قال في الظهيرية ولا يجوز فيما لا مثله كالحيوان والعديدات المتفاوتة إلا في الثياب خاصة اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة) قال الاتقاني ثم عندما يجوز السلم في بيض النعام أيضا في ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط اه (قوله في المتن والذرع كالثوب الخ) قال الاتقاني وأما الذرع فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبوارى ونحوها إذا بين الطول والعرض والصفة والتروع قال في الابضاح والقياس أن لا يجوز السلم في الثياب

لأنها ليست من ذوات الامثال ألا ترى أنه لا يضمن مستهلكها المثل وانما يجوز انما استحسنه لان الثياب مصنوعة العبد والعبد يصنع بالآلة
فاذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الاقليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات
ألا ترى ان الابل وباع بغن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا يسيرا وجب عليه الضمان اه (قوله في المتن ان بين الذراع) أي بعدد كرا الجنس
والنوع اه (قوله والصفة) أي بانه قطن أو كان أو مركب منهما وهو الذي يسمى ملحما اه (قوله والصنعة) أي بانه عمل الشام أو الروم
أو نحوهما اه (قوله وان كان ثوب حريري باع بالوزن) قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباغ اذا كان يبقى
التفاوت بعدد كرا الطول والعرض لانها (١١٣) تختلف باختلاف الوزن فان الديباغ كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف

وزنه ازدادت قيمته فلا يضمن
بيانه اه (قوله لا يضمن بيان
وزنه) قال تظهير الدين اسحق
الولولجي في فتاواه ولوعين
الذراعان ولم يعين الوزن هل
يجوز السلم في الحرير يختلف
المشايع فيه منهم من قال ليس
بشروط ومنهم من قال بشرط
والله مال الشيخ الامام شمس
الائمة أبو بكر محمد بن أبي
سهل السرخسي وهو الصحيح
بخلاف سائر الثياب فانه
لا يشترط فيها الوزن مع الذراع
لان الحرير يختلف باختلاف
الوزن كما يختلف باختلاف
الطول والعرض ولا كذلك
الكرباس اه اتقاني (قوله
في المتن لا في الحيوان) قال
الاتقاني اعلم ان السلم باطل
في الحيوان عندنا اه وقالت
السلطنة يجوز اه عيني
(قوله فاذا اتحدت الآلة
والصانع يتحد المصنوع) أي
وليس الحيوان كذلك لان
ما يحدث فيه يحدث باحداث
الله من غير صنع العباد بلا
آلة ولا مثال فظهر الفرق

ان بين الذراع والصفة والصنعة) لانه يصير معلوما بذ كرهذه الاشياء فلا يؤدي الى النزاع وان كان ثوب
حريري باع بالوزن لا يضمن بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال
الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روى انه عليه السلام
استقرض بكر اورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تقضى الى المنازعة كما
في الثياب ولما روى انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تفاوت آحاده تفاوتا فاحشا بحيث
لا يمكن ضبطه ألا ترى ان العبد ينسب في الجنس والسن وتفاوت قيمتهما لا اختلاف المعاني الباطنة
كالنكاسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والقصاحة والامانة والشدة قال قائلهم

ألا رب فرد يعدل ألفا زائدا * وألف تراهم لا يساؤون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدي الى اختلاف المالبية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلقات
والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد وانما يصنع بالآلة فان اتحدت الآلة والصانع يتحد
المصنوع والتفاوت اليسير بعد لا يضر وما روى انه عليه السلام استقرض بكر اورد رباعيا فالمراد به انه
عليه السلام استعمل في الصدقة ثم تجب الزكاة على صاحبها فردا رباعيا واستقرض لبيت المال لانه
يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى انه عليه السلام اشترى بعيرا
يعبرن الى أجل كان قبل نزول آية الر بالان الجنس بانقراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب اذا
لا يجري الر باين المسلم والحربي في دار الحرب على ما ينما من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى
العصافير لان النص لم يفصل قال رحمه الله (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس
والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل
لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بين اللحم وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرأس وفي
الاکارع أكثر من اللحم ومساو له فلا يمكن أن يجعل تبع اللحم فبق معتبرا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم
فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذي في اللحم فقليل فأمكن جعله تبع اللحم لقلته كما في عظم الالية ولو
أسلم فيه وزنا اختل تفاوتيه قال رحمه الله (والجلود عدد) أي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز
للتفاوت الفاحش فيهما الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة
حينئذ يجوز السلم فيهما لا مكان ضبطهما وكذا اذا كانا بايعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله
(والحطب حرما والرطبة حرزا) لانه مجهول لا يعرف طوله وغنظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الجبل الذي
يشته الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز قال رحمه الله (والجوهر
والخرز) لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صفار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه

اه اتقاني (قوله وما روى انه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا يعبرن الخ) فان قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الدية بمائة من الابل وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أن
بيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسبة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد أصلا متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن
مال لا يثبت الحيوان فيه دينافي الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لا يكون بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينافي
الذمة كالترويج أو الخلع على عبد وسط أو أمة وسط قياسا على ابل الدية وغرة الجنين اه اتقاني (قوله في المتن والحطب حرما والرطبة حرزا
الخ) ونقل في الخلاصة عن شرح الشافعي فقال ولا بأس بالسلم في القوت وزنا اه اتقاني (قوله في المتن والجوهر والخرز الخ) والاصل أن كل

معدود متفاوت أحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرومان والجواهر والآلات ثم هذه المثابة لا تترك بين المثلين تفاوتاً فاحشاً في المالية وإن كان بينهما اتفاق في العدد والوزن اه اتقاني (قوله إلى حين المحل) والمحل بكسر الحاء مصدر قولك حل الدين اه غايه (قوله في المتن والسهم الخ) وفي شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو ما أن يكون طرياً (١١٣) أو مالخاً ولا يخلو ما أن يسلم فيه عدداً

أو وزناً فإن أسلم فيه عدداً طرياً كان أو مالخاً لا يجوز لأنه متفاوت وإن أسلم فيه وزناً فإنه يتظر أن كان مالخاً يجوز وإن كان طرياً كان العقد في حينه والأجل في حينه ولا يقطع فيما بين ذلك فإنه يجوز والأفلا اه عني (قوله وقال لا يجوز) قال الاتقاني فعندهما يجوز السلم في اللحم إذا بين الجنس بأن قال لحم شاة والسن بأن قال ثني والنوع بأن قال ذكر والصفة بأن قال سمين والموضع بأن قال من الجنب والقدر بأن قال عشرة أمعاء اه (قوله ولهذا) يضمن بالمثل عند الاتلاف) يعني أن غاصب اللحم إذا أتلفه يضمن المثل وزناً اه (قوله بخلاف لحم الطيور) أي فإنه لا يجوز السلم فيه اه اتقاني (قوله فإنه لا يقدر على وصف موضع منه) أي لقلة لحمه اه غايه (قوله وتضمنه غير مقصود) أي تضمن اللحم شيئاً غير مقصود وهو جواب عن شيء يرد وهو قوله ولأنه يتضمن عظماً اه قال الاتقاني رحمه الله ولا يي خيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة

مما يباع بالوزن فأمكن معرفة قدره به قال رحمه الله (والمقطع) أي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لأن شرط جوازه أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وحده لا يقطع أن لا يوجد في الأسواق وإن كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع أنا كان موجوداً عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى ترهى قالوا وما ترهى قال تحمر وقال إذا منع الله الثمرة قيم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه مسلم والبخاري وجاءه آخر وفي لفظ حتى تبيض وتأمين من العاهة وهذا نص على أنه لا يجوز في المنقطع في الحال إذا الحديث ورد في السلم لأن بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به في الحال أو في المال وقوله عليه السلام قيم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لأن احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولأن القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم إليه لأن الدين تحل بموت من عليه الدين في شرط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لأن جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لأن المحتمل في باب السلم كالواقع ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا يضمن استمرار الوجود فيها يستمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار أن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وإن شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للمجز عن تسليمه كما إذا هلك المبيع قبل القبض قلنا إن السلم قد صح ونعذر تسليم العقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخبر فيه كما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لأنه قد فات لا إلى خاف وبخلاف ما إذا اشترى بالفلوس شيئاً وكسدت حيث يبطل البيع بها لأنها تفوت أصلاً ولا يرجع زواله ولورجى لا يعلم متى تروج بخلاف ما نحن فيه فإن لأدراك الثمر والقدرة على التسليم أو أنما معلوماً فخير قال رحمه الله (والسمك الطري) أي لا يجوز السلم في السمك الطري لأنه يتقطع عن أيدي الناس في الشتاء لأنجماد المياه حتى لو كان في بلد لا يتقطع فيه السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزناً وعدداً وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في الكبار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رحمه الله (وصح وزناً أو مالخاً) أي إن كان السمك مالخاً جاز السلم فيه وزناً وعدداً لأن المالخ منه وهو القديد لا يتقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزناً وكيلاً وفي الكبار روايتان قال رحمه الله (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يجوز أن بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراره وزناً وهو لا يصح إلا في ذوات الأمثال ويجري فيه بالفضل بعلة الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود

(١٥ - زيلعي رابع) العظم وكثرته فتثبت الجهالة وهي تؤدي إلى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لأفضائه إلى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة والثاني أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الأوقات فيفيض إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الأصح اه

(فوله والتضمين بالمثل ممنوع الخ) قال الاتقاني وقوله ما ان الغاصب يضمن للمثل قلنا ذلك ممنوع على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبي حنيفة يضمن القيمة ألا ترى ما قال في الجامع الكبير في باب الاستحقاق في البيع ولو أن رجلا غصب من رجل لحافا شواء ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للغصب منه أن يضمنه قيمة اللحم قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسئلة كان للغصب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس على الأفي هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورأيت وسط غصب المتقي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك لحافا قال عليه قيمته اه (قوله وكذا لا يجوز استقراضه) قال الاتقاني ومنع الاستقراض وزنا فنقول ذلك مذهبهما (١١٤) ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التمهة عن اختيار شيخ الإسلام علاء

الدين الأسبجاني أن اللحم مضمون بالمثل وإنما يضمن بالقيمة إذا انقطع عن أيدي الناس فنقول ذلك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لأن الأصل في ضمان العدوان المثل والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لأن السلم لا يكون إلا مؤجلا فعند حلول الأجل لا يعلم اللحم على أي حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض فإن القبض فيه حال معين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اه (قوله بخلاف البيع به حال حيث يجوز) أي فإنه إذا قال بعث منك من هذه الصبرة عمل هذا الأنا بديرهم ولا يدرى كم يسع الأنا فالبيع جائز وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز

وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والشمس والخوخ النوى وتضمن الالبسة العظم ولا يبي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فأي بعد سمننا في الشتاء يعدمهز ولا في الصيف ولأنه يتضمن عظاما غير معلومة وتجري فيه المماثلة فالمشترى يأمره بالزرع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار والعظم في الالبسة فإنه معلوم ولهذا لا تجرى فيه المماثلة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الأول وهو الأصح لأن الحكم إذا علل بعلة لا ينتفي الحكم بانتفاء أحدهما لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فإنه من ذوات القيم في رواية يبيع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم بجواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما إذا بين موضعهما منه معلوما وهو يجوز فيه والأصح أن الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله (ومكالم أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكالم معين لا يعرف قدره لأنه يحتمل أن يضيع فيؤدي إلى النزاع بخلاف البيع به حال حيث يجوز لأن التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في أول البيوع وفي الهداية ولا بد أن يكون المكالم مما لا ينقبض ولا ينسبط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكس بالكبس كالزئيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لأنه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف كان لما ذكرناه وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعيينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكس وغير المنكس أو التجوز في قرب الماء وإنما يستقيم هذا التفصيل في البيع إذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بانه لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاتاء أن لا ينكس ولا ينسبط ويقيد فيه استثناء قرب الماء أيضا قال رحمه الله (وبرقرية وغمر نخلة بعينه) أي لا يجوز السلم فيها ما لا احتمال أن يعثر بهما آفة فلا يقدر على تسليمهما والله أشار عليه السلام بقوله إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به وكذا إذا نسبته إلى إقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله (وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة أكرار إلى شهر لأن الجهالة تنفي بذلك هذه الأشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط لجواز ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم مطلقا واشترطه

البيع أيضا لأنه يبيع ليس بمجازفة ولا مكايلة وبيع الحنطة إنما يجوز على أحدهما اه اتقاني (قوله في المتن بعينه) الاجل كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينة اه (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخسرمانى بخارى والبساخى بفرغانة اه قوله لبيان الصفة يعني لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالخسرمانى بخارى وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثمة والبساخى بفرغانة وهو أيضا نوع من الحنطة عندهم وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال زنديجي يجوز لأن الثوب الزنديجي ما يندسج على صفة معلومة سواء نسج في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا تعين المكان كالخسرمانى بخارى فإنه يذكّر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وإن توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اه اتقاني رحمه الله

(قوله فيكون فيه الاجل جائزا الخ) قال في الهداية ولا يجوز السلم الا مؤجلا (١١٥) قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال

الشافعي رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلا أسلمت هذه العشرة في كرخنة صفقتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر لا طلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لأنهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الاجل فوجب نفيه اه (قوله وما رواه حكاية حال) والجواب عما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص في السلم فنقول لا يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود اه اتفاقنا (قوله رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار) أي وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدراه فتح وغاية (قوله وعن الكرخي أنه يتظر الى مقدار المسلم الخ) قال الكمال وقال المصدر الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو

الاجل فيه زيادة على النص ولانه يسع ما في الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا تر فيها الاشرط كغيره من أنواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من رأس المال بواسطة التحصيل به ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أو قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله فإنه يخرج من يدمولاه غير مالك لشيء فلا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد دون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل دارى فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها الا وهو كذلك ولكن قال من أراد أن يصلى فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد غاية ثبت القدرة وهو الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بأبلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالاتى ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وإنما أجزى في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاضلة لما رويناه والرخصة اسم لما استيج مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر يسيرا على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرة والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتعليك والامهال الى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاضلة وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه أصل وليس يعارض العذر ولان الكتابة عقدا رفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل ان لو أراد التضيق عليه لما كاتبه أصلا اذا العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المما كسة والمضايقة فالظاهر أنه يطالب به بعقب العقول وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والالزم أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والمجلس وهذا ينافي معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الاتفاقيهم فأنقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاضلة لما جاز لغير المفاضلة لانا نقول الشيء في السلم لا يباع عادة الا بأقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلتنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهم وما وشرط أن يكون الاجل معلوما لما رويناه انه اذا لم يكن معلوما يقضى الى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أي أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان مادونه عاجل والشهر وما فوقه أجل ألا ترى أن المدعي اذا حلف ليقتضيه دينه عاجلا فقتضاه قبل تمام الشهر برى عيته فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخي أنه يتظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في التأجيل في مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز والا فلا والأول أصح وبه يقتضى قال رحمه الله (وقدر

جدرا أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخي من رواه أخرى أنه يتظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه (قوله والاول أصح) أي تقدير الاجل بشهر اه

(قوله اذا كان العقد يتعلق على مقداره) (١١٦) احتراز عن المذروع اه (قوله وان كان موهوماً) أي والموهوم في عقد السالم

رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي شرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقدار مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يحتاج الى بيان قدر رأس المال اذا كان معيناً لانه صار معلوماً بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كافي الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازاً عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تنفص الى المنازعة بجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولا يبي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال قد تنفص الى جهالة المسلم فيه بأن يتفق بعضه ثم يجد بالباقي عيباً فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فيفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسبه فيفص الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوماً ألا ترى انه لا يجوز بكييل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما أنفق رأس المال فيفسخه ولا يدري كم رد فيفص الى المنازعة أو الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم ألا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما ينقسم قبل جهالته لا تؤدى الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كرخطة وكرشعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لانه يتقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالخزف فلا يكون معلوماً أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودينارين في مقدار معلوم من البرقين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لان رأس المال لا يكون معلوماً بمعرفة بعضه اذا لم يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود ههنا ما لا تتفاوت أحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله (ومكان الايفاء فيما له حمل وموثة من الاشياء) أي شرط جوارزه بيان مكان ايفاء المسلم فيه اذا كان له حمل وموثة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده كافي البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكذا البذل الآخذ العقد بوجوب المساواة لانه السبب الموجب الاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعيناه مكاناً آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذا العقد لا يقتضيه أو يكون اجارته في بيع فيكون مفسداً للتمهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا راجحه مكان آخر فيتعين ضرورة كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولا يبي حنيفة أن تعين مكان العقد بما بالتعيين صريحاً وضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد اذا السلم لا يجوز الا مؤجلاً فيكون التسليم متأخراً ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة ولا يبي لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقد في لجة البحر وفساده لا يفتي فاذا لم يتعين ولم يعين مكاناً آخر بقي مجهولاً جهالة فاحشة فيؤدى الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفقة لان قيمة ما له حمل وموثة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفقة ألا ترى ان الحطب في المدين أغلى منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفاء بوجوب التحالف عنده كالاختلاف في الصفقة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافاً في موجب العقد فيتحالفان كما

كله تحقق لان الاصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم وانما يجوز اذا وقع الامن عن الغرمين كل وجه واذا بقي نوع غريب بقي الامر على ما كان وهو عدم الجواز اه اتقاني (قوله فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه) أي لشرع السلم اه (قوله مع) أي الدليل اه (قوله فلا ينقسم الثمن عليه) أي ثمن الثوب المسلم فيه اه (قوله ولا يتعلق العقد به) أي على مقداره اه (قوله ومن فروعه) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اه اتقاني (قوله فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد) قال الكمال وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في المصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع اه (قوله كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة) يعني أن الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الأداء لعدم مزاحمة جزء آخر اه وكتب على قوله المطلقة مانعه هذا انما يتشبه على قول الكرخي اه (قوله

كالاختلاف في الصفقة) أي في الجودة والرداءة في أحد بلى السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعني لا يتحالفان عند أبي حنيفة لو بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتقاني رحمه الله

(قوله فصار كالإختلاف في شرط الخيار والاجل) أي فلا يتحققان ويكون القول قول المسلم إليه اه (قوله لان جهالته مفضية الى المتازعة) ذكره في المحيط اه فتح (قوله لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن) (٩١٧) قال الكمال ان المال لا يختلف باختلاف

الاماكن فيما لا اجل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقتله وكثرة رغبات الناس وقتلها بخلاف ماله مؤنة اه فتح (قوله وهو الاظهر من قولهما) قال الكمال ولو عين مكانا قبيل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره في التحفة اه قوله لانه لا يفيد أي لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن اه (قوله وهو رواية الجامع الصغير والبيوع) أي من أصل المبسوط اه فتح (قوله كالسك والزعفران) أي والكافور وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه والافقيس في أمعاء الزعفران كثيرة تبلغ أجيالا اه كمال رحمه الله (قوله ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه) أي في رأس المال اه (قوله لانه غير مفيد) أي اذا قامت خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عادينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا يفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله اه فتح (قوله وبخلاف الاستحقاق) يعني اذا ظهر رأس المال

لو اختلفا في البذل وعنده قضية الشرط حتى احتج فيه الى ذكره فصار كالإختلاف في شرط الخيار والاجل وعلى هذا الإختلاف الأثر والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئا أو استأجره بخطة في الذمة موصوفة أو اقتسم شيئا وجعل لأحدهما مكيلا موصوفا في الذمة الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الإبقاء في الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمة ثم اذا عين مصر اجاز لانه مع تبين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليحل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان وكذا الودع ماله الى رجل مضاربة ليحل في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيمًا فان كان عظيمًا يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبين ناحية منه لان جهالته مفضية الى المتازعة ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان المنزل مجهول وقد تبدل فلا يعلم وجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والتظاهر بقاؤه في منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قبل يجوز لانه اشتراط الإبقاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضي الإبقاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يلزمه بالإبقاء ثم اشتراط الحمل يكون اجازة في بيع فلا يجوز قال رحمه الله (وما لا اجل له يوفيه حيث شاء) وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة سواء يبين مكان الإبقاء أو لم يبين لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الإبقاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قوله ماله لان موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد أمن خطر الطريق فيتعين فاصله أن فيما لا اجل له ولا مؤنة كالسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الإبقاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه في التفرع في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله (وقبض رأس المال قبل الاقتراق) أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفتروا والمراد بشرط بقاءه على العصة لانه ينقصد به حيا ثم يبطل بالاقتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الاقتراق لان السلم نفي عن أخذ عاجل بأجل وذلك بالقبض قبل الاقتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كافي الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الاقتراق عن دين يدين وهو منهي عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذا القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والاقتراق فيه قبل تمامه يبطل للعقد وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين في الذمة فكما رده عليه بخيار الرؤية أعطاء غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الاقتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا جاز التحقت الاجازة بحاله العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الاقتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الاقتراق جاز اذا كان رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والافلا لان الاتمام

مستحقا لغير اه (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الاقتراق جاز اذا كان رأس المال قائما) قال الكمال وانما يفيد بقوله ورأس المال قائم لانهما لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا انفاقا لانه بالاهلاك صار دين في ذمة المسلم اليه فلو صح كان برأس مال هودين وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد ولانه الآن في معنى الابتداء للعقد قبل الاسقاط لم يكن العقد وجود شرعا اه

(قوله وفيه خلاف زفر) وقول الشافعي ومالك كقول زفر اه فتح (قوله وجلة الشرط جمعوها الخ) تبع فيه صاحب الهداية رحمه الله قال الكمال فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتجيده يتم به خمسة واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التجيد وتأجيله وبيان مكان الايقاع ثم احده عشر وأما القدرة على تحصيله فالتظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون (١١٨) حيوانا وانتقاد رأس المال انا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وأن لا يشتمل

معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما يناس قبل وجلة الشرط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتجيده واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايقاع والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله (فان أسلم مائتي درهم في كثر مائة دينارا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين لانه دين بدين وصح في حصة النقود لو جود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذا السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا الوعد ما تين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبد بن فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حرو عبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالحصة والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف اليهما كاذ كفي الكتاب أو يضيف الى مائتين مطلقا ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ثمنه من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا اذا الدين لا يتعين باضافة العقد اليه الا ترى أنه لو باع عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو باع عينا بدين وهما يعلمان أن لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقدا لكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساد مقارن للعقد فيتعدي بخلاف ما نحن فيه على ما ينالو كان العين والدين مختلني الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها اليه وعشرة دنانير عين في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر رأس المال وقد ينه عن زفر أن السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الآخر فيفسد في الكل وجوابه ما ينالنا أن العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم وأما منافيه ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه بقوت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى الى قوله عليه السلام لا تأخذوا لاسمك أو رأس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما ما قطعنا حيث لم يجوز أخذ غيرهما بلا عنهما في التولية تملكه بعوض وفي الشركة تملكه بعوض

البدين احدي على الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجلة الشرط لم يتم ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كثر حنطة اه (قوله وصفته) أي ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالمية متساوية في الرواج فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها ولو تفاوتت رواجا ان صرف الى غالب نقد البلد كما في البيع اه كمال رحمه الله (قوله في الثمن ولا يصح التصرف في رأس المال الخ) ويجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس بشرط اه شرح نكلة قال في المحيط وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم ان وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز والابطال اه وكتب على قوله ولا يصح التصرف الخ مانعه وانما

لم يجز التصرف في رأس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالادان شرط لصحة عقد السلم حق الله تعالى لئلا يلزم الكافي بالكافي فاذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك بقوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تقويت القبض المستحق بالعقد اه اتقاني (قوله والمسلم فيه قبل القبض) أي وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سله بعد قبضه اياه مر ابحة على رأس المال وان يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشره فيه غيره كما لو اشترى عينا لان المقبوض بعقد السلم يحل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا برأس المال (١)

(قوله فلم يكن المسلم اليه بائعاً لرب السلم بعد الشراء) أي فلم تجتمع الصفقتان اه فتح (قوله فقبض المسلم فيه لاحق) أي لشراؤه من بائعه وانه أي قبض المسلم اليه بغيره ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقاً فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شراؤه من بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات لو أسلم مائة في كرم اشترى المسلم اليه من رب السلم كرحضة بجائتي درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرم يجوز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكرم قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعل العقد كأنهما جتدا عقداً ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم اليه موزوناً كذلك الخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بآرث أو هبة أو وصية أو وفاة رب السلم فمكاله مرة ويجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد العقد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدداً أو أسلم في معدود فعلى الرايتين في وجوب إعادة المعد في بيع المعدود بعد شراؤه عدا اه كمال رحمه الله (قوله فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه) أي ولم يقل قبضه لي ثم قبضه لنفسك فقبضه بان كاله مرة جاز اه (١٢٠) كمال رحمه الله (قوله فكان المقبوض عين حقه) أي فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان

لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لزم تلك الشيء بجنسه نيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لانه بيع بجنسه نيئة وكذا لو كان الدين الاول سلفاً لما حل اقترض المسلم اليه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل اه كمال رحمه الله (قوله لم

فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعاً لرب السلم بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقاً فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكماً احترازاً عن الاستبدال فكان بيعاً حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جائز ألا ترى أنه لو قضا أجود مما شرطه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالاً حقيقة وحكما ثبت أنه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانياً لاجله بخلاف ما اذا كان الكرم قرضاً فاشترى المستقرض كرافاً من المقرض بقبضه قضاء لحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى ينقضي بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديراً فلم يكن استبدالاً ولو كان استبدالاً لزم مبادلة الجنس بجنسه نيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للشري فيقبضه ثم لنفسه من غير إعادة كيل قال رحمه الله (ولو أمر رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفاً مثل الغرائر وأمر المسلم اليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الطرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضاً ولو كان مكان السلم مشتري بان اشترى برامعينا ودفع المشتري الى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله ويجعله في الطرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيراً للطرف فجعل فيه ملك نفسه كالذات اذا دفع كيساً الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح فالمشتري يملك الطعام بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضاً بجعله في الطرف ويكون البائع وكيلا في امساكه الطرف فيكون الطرف في يد المشتري حكماً فكان الواقع فيه واقعاً في يده حكماً ولهذا اكتفي بذلك الكيل في الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه في البحر ففعل يكون على الأمر

يكن قضاء) هذا اذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بل تردّد فان كان قيل لا يصير قابضاً لما قررنا ان أمره بمخلوط طعام السلم في طعام (١) (قوله ولو كان) أي ولو كانت الحنطة مشتراً والمثله بحالها اه (قوله بان اشترى برامعينا) أي على أنه كرم مثلاً اه (قوله والفرق ان رب السلم حقه في الذمة) يعني أن رب السلم حقه في الدين لا في العين وجعل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد اه من الاتفاق (قوله فلم يصادف أمره ملكه) أي لانه تناول عيناً مملوكة للبائع اه اتقاني (قوله فجعل فيه ملك نفسه) حتى اذا هلك الكرم هلك من مال المسلم اليه وبقي الدين في ذمته كما كان اه اتقاني (قوله فانه لا يصح) أي لا يكون قابضاً لانيه بوضعه الدراهم في كيسه اه (قوله فيكون) أي كيلاه في غرائره ككيل المشتري بنفسه اه (قوله ولهذا اكتفي الخ) أي ولعمدة الامر اكتفي بذلك اذا كاله بحضور المشتري فهو استيضاح على صحة الامر لمصادفته الملك اه (قوله ألا ترى أنه الخ) قال الاتقاني رحمه الله ولو أمر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق للمشتري لعمدة الامر لانه تناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة الامر فان أخذ رب السلم الدقيق كان حراماً لكونه بدلاً عن المسلم فيه والاستبدال في السلم حرام ولو أمر المشتري أن يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم اليه اه قوله لكونه بدلاً عن المسلم فيه أي قبل قبضه اه فتح

(قوله يصير قابضا) أي سواء كانت الغرارة أو البائع أو كانت مستأجرة اه اتقاني وكتب على قوله يصير قابضا ما نصه بالاتفاق اه فتح
(قوله ولو اجتمع الدين والعين الخ) بان أسلم في كرفل محل الاجل اشترى برب السلم من المسلم اليه كرا آخر معينا ودفع اليه طرفا ليكيلهما فيه
اه (قوله فابدأ) أي المسلم اليه اه (قوله صار) أي المشتري اه كمال (قوله أما العين فليحتمل امر به) أي لانه لا في ملكه اه فتح
(قوله وأما الدين الخ) قال الاتقاني وأما الدين فلا نه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكما فصار الدين أيضا في يده لاتصاله به فصار قابضا للكل
اه (قوله ليصنعها خاتما) ليس هذا في خط الشارح (قوله وأمره أن يزيد عليه من (١٢١) عنده فضة) أي ففعل الصانع ذلك
في غيبته جاز وصار لا أمر

بالخلط قابضاه اه (قوله وان بدأ) أي المسلم اليه
بكيل الدين اه (قوله لم يصير قابضاهما) أي برب السلم
اه (قوله فلماذا كرنا) أي من عدم صحة الامر اه (قوله
فلانه) أي برب السلم اه (قوله لما خلطه بملكه فقد
استهلكه الخ) قال الاتقاني وان بدأ بالدين ثم بالعين لم
يصير قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلا نه
خط خطة المشتري بخطة نفسه بحيث لا يعتاز فصار
مستهلكا والبائع اذا استهلك المبيع قبل القبض ينتقض
البيع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أما عند صاحبه
فالمشتري بالخيار ان شاء شارك في الخلوط بقدر خطته
لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شاء تركه
فينتقض البيع اه (قوله فينتقض البيع) أي لهلك
المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعديكون
به مستهلكا لانه بأمره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على

في الشراء ويقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فان قيل البائع لا يصلح أن يكون وكيلًا للمشتري في
القبض حتى لو وكله بالقبض فما لا يصلح توكيله ولا يكون قابضاه فكيف يصور أن يكون وكيلًا له هنا قلنا
لما صح أمره لكونه مالكا له صار وكيلًا له ضرورة وكمن شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم
حاضرا وكله المسلم اليه بحضوره وخلي بينه وبين الطعام يصير قابضا لان الخلطة تسليم ولو أمره في الشراء أن
يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصير قابضا لان المشتري صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه
فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يده المشتري فصار كالأمره أن يجعله
في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الطرف للمشتري وأمره أن يجعلهما فيه فان بدأ بالعين
صار قابضا للكل أما العين فليحتمل امر به وأما الدين فلا نه خلطه بملكه بالاتصال به كمن دفع لصانع
فضة ليصنعها خاتما وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطه وأمره أن
يزرعه في أرضه قبل أن يقبضه فانه يصير قابضاه بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ
اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو
الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصير قابضا
وان بدأ بالدين لم يصير قابضا لهما أما الدين فلماذا كرنا وأما العين فلا نه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل
التسليم عند أبي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداية بالعين
فلم يتيقن رضاه به حتى يكون شريكاه وعند أبي يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان
الدين أولا لم يخرج عن ملكه ولم يصير البائع قابضاه لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا
للعين لماذا كرنا والدين أيضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كالأمره أن يبدأ بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين
لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا للطرفه ولما كان العين بعده
ونخلطه به صار خالطا لملك المشتري بملك نفسه ومستهلكا لانه فيشتر كان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم
القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم علك الدين باتصاله بملكه بعده
وهكذا ذكره قاضيان وذكر صاحب الهداية أن المشتري بالخيار عندهما ان شاء انتقض البيع وان شاء
شارك في الخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رحمه الله (ولو أسلم أمة في كرو قبضت الامة
فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها) يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل أن يقبضها
رب السلم بحكم الاقالة أو ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في
الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط
صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبق بقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم نفسه وهو باق في ذمة
المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبق بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء
فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كالأمره أيضا

(١٦ - زبلي رابع) هذا الوجه بطراز كون مراد ما أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اه كمال رحمه الله (قوله
وهذا الخ) جواب سؤال اه (قوله ولم يصير البائع) كذا بخط الشارح وضوابة المشتري اه (قوله وهكذا ذكره قاضيان) أي في شرح
الجامع الصغير اه (قوله في المتن أو ماتت قبل الاقالة بقي) أي عقد الاقالة اه (قوله وهو يبق بقاء المعقود عليه) والدليل على أن المسلم
فيه مبيع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عندا لانسان ورخص في السلم ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام
جعل السلم فيه مبيعا اه اتقاني

(قوله ولا يتيقن) أي بعده لا كما اه (قوله بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الخ) قال الاتفاقى رحمه الله ثم فيما هتت الاقالة اذا اختلفا في القيمة القول قول المطالب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم ألا ترى الى مانص محمد في الاصل بقوله اذا تار كالمسلم ورأس المال ثوب فهلك الثوب عند المطالب قبل أن يتقبض الطالب فعلى المطالب قيمته والقول في ذلك قول المطالب وعلى الطالب البينة على ما يدعى من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر في موضع آخر فيه أن القول قول المطالب مع عيینه الا أن يقوم الطالب بينة على ما يدعى اه (قوله أو كلاهما) كذا بخط الشارح والظاهر (١٢٣) كليهما (قوله مخرج التعنت) قال الكمال وهو أن ينكر ما يتقعه اه وكتب على

قوله مخرج التعنت مانصه لا مخرج الخصومة اه اتفاقى (قوله وكان القول قول من يدعى الصحة) أي لان كلام المتعنت مردود فاذا رتبى كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اه اتفاقى (قوله وان خرج مخرج الخصومة) قال الكمال وهو أن ينكر ما يضره اه (قوله فكذلك) يعنى القول المدعى الصحة اه (قوله كان القول قول المسلم اليه) أي بالاتفاق وهو قول الشافعى لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما يتقعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال فى العادة وان كان رأس المال تقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذال الاجل ولو لا أنه يربو عليه وان كان آجالهم تطبو آراؤهم عليه اه كمال (قوله أن المسلم فيه) ليس هذا فى خط الشارح (قوله وكلام المتعنت مردود) أي فبقى قول الآخر

عبدًا بجارية ثم تقابلا بعده لاهل أحدهما فانه يصح لبقاء أحدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال رحمه الله (وعكسها شراء أوها باللف) أي عكس مسئلة السلم شراء الجارية باللف فان الحكم فيها الوما ت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقابلا بعده لاهل كها ابتداء لا يصح لان العقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الاقالة بعده لاهل كها ابتداء ولا يتيقن لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعده لاهل كها ابتداء ولا يتيقن لانعدام المحل فكانت واحدة من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعاً من وجه فيبقى العقد بقاء أحدهما فخالصه أن هذا الجنس منقسم الى أربعة أقسام أحدها الاقالة فى السلم والثانى الاقالة فى بيع المقايضة والثالث الاقالة فى بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والاربع الاقالة فى الصرف وحكمه أنهم ما اذا تقابلا فيه بعد هلاك أحد البديين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل الترادى هتت الاقالة لان العقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائماً كان لهما أن يردا غيره بعد التقابل قال رحمه الله (والقول المدعى الرداءة والتأجيل لانا فى الوصف والاجل) يعنى اذا اختلفا فى اشتراط الوصف فى المسلم فيه بان قال أحدهما شرطنا رداً وقال الآخر لم نشترط شيئاً أو قال أحدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيئاً كان القول قول من يدعى اشتراط الوصف والاجل لانه يدعى الصحة اذا السلم لا يجوز الامور جلا موصوفاً فكان الظاهر شاهداه لان القاسد حرام والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويأثر المباح ثم الاصل فى جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبي حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للنكر ثم تفاصيل المسئلة أن يقول لو أسلم دراهم الى رجل فى كرخنة فقتل المسلم اليه شرطنا رداً وقال رب السلم لم نشترط شيئاً كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة اذا الظاهر أن المسلم فيه مع ردائه يزيد على رأس المال وكلام المتعنت مردود وفى عكسه بان ادعى رب السلم شرط الرداء وانكر المسلم اليه الشرط أصلاً كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ما يتقعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بتعنت لانه يدعى فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع فى سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم

بلا معارض اه فتح (قوله لانه يدعى الصحة) أي وان كان صاحبه منكر أو كلامه خصومة اه كمال (قوله الوصف لانه منكر) أي وان أنكر الصحة اه فتح (قوله قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء) أي فان عند بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعى اه اتفاقى ثم الاختلاف فى الاجل على ثلاثة أوجه أحدها فى أصل الاجل ففيه القول قول المدعى للاجل مع عيینه طالبا كان أو مطلوبا وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للاجل أو منكراً والثانى فى مقدار الاجل مثل أن يدعى أحدهما أنه شهر وقال الآخر أنه شهران ففيه القول قول الطالب مع عيینه لانه ينكر الزيادة فان قامت لأحدهما البينة يقضى بينته وان قامت لهما يقضى بينة المطالب لانها ثبتت الزيادة والثالث فى مضى الاجل قال الطالب كان الاجل شهراً وقضى وقال

المطلوب كان شهر ولم يحضر فالقول قول المطلوب مع عينه لانه ينكر توجه المطالبة فان اقام أحدهما البينة يقضى بينته وان اقاما البينة يقضى بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل اه اتقاني ويتطرق في الدعوى عند قوله وان اختلفا في الاجل في هذا المجرد قال الكمال رحمه الله والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني أنه ما هو فانه مما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة (١٢٣) اذا شرط في السلم الثوب الجيد

فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكتفي فان قال الجيد أجبر على القبول اه (قوله لانه ينكر حقا عليه) أي لان رب السلم ينكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكتف متعنا اه (قوله شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم) وفي الهداية نصف الربح وزيادة عشرة وقال في النهاية هذا ليس بصحيح لانه على تقريره كان القول المضارب كذا بخط الشارح اه (قوله وثبوت الشيء المشروط هنا اه (قوله واما الاستصناع فلا جاع) قال في الهداية وان استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحصانا قال الكمال الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار صنع لي خفاطوله كذا وسعته كذا أو دسنا أي برمة يسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى

الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمنعنت لان فيه نفعه يسقط المسلم فيه عنه ودرأ من المال بخلاف انكار رب المسلم فيه لانه منعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة واذ جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه أيضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبي حنيفة وعنهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة كرب المال بقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولا في حنيفة رحمه الله أنهما اتفقا على عقد السلم واتفقا على العقد اتفاقا على شرائطه لان شرط الشيء تبع له وثبوت بنبوت الاصل فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما أقربه فلا يقبل كالتسليم حين اذا ادعى أحدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذ افسدت تكون اجارة ولئن سلمنا أنهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكسار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لاهرأته تزوجتك وأنت صغيرة وقالت هي تزوجتني وأنا بالغة فابالقول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقرب بالعقد بل أنكره حيث أسنده الى حالة منافقة للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وققم) أما السلم فلا يكتفي بضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما ينشأ من قبل وأما الاستصناع فلا جاع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه الصلاة والسلام ما رأيت المؤمن حسنا فهو عند الله حسنا وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس بتركه بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان كان القياس بأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذا اعتبر القياس بمقابلته الاجاع أو النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع أمتي على الضلالة ولا يشك هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يحجر التعامل فيها من غير تنكير بخلاف ما لم يكن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلم اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاکم الشهيدان وعدو ليس يبيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور أن محمد رحمه الله مما شرا وذكرفيه القياس والاستحسان وفصل

أولا يعطى شيئا في عقد الاخر معه جازا استحسانا تبع العين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اه (قوله وقال الحاکم الشهيد) أي والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنصور اه فتح (قوله ولهذا) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه اه فتح قال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها اه (قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه) هذا الملمح ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا بد منه اه

بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فمما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البطل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكا للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا ذكل واحد لا يجدر خفام صنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق أصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البرزعي المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمل به بعد العقد حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعه أو من صنعه قبل العقد فأخذ جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمدرجه الله قال إذا جاء به مفروغا فلم يستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سمعه شرا وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت إلا في العين وانما يبطل بموت أحدهما لأن الاستصناع شبه بالاجارة من حيث أن فيه طلب الصنع فله شبه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجزئنا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل ينقذ اجارة ابتداء وبيعانتهما قبيل التسليم لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفي من تركه والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء ببيع انتهائه والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الأمرين حفظهما فان قيل إذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير قلنا الاجارة تقسخ بالاعذار وهذا عذر لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعته بآراءه كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعته بآراءه يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخير ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق الزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله (وله الخيار إذا رآه) أي للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع لأنه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لأنه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين إذا سلم فيسعدن في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهذا يفيد الفسخ لأنه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في اثبات الخيار له اضرار بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله (والصانع يبعه قبل أن يراه) لأنه لا يتعين الاختيار للمستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبعه لعدم تعيينه وإذا رآه ورضي به ليس له أن يبعه لأنه بالاحضار أسقط خياره ولزم من جانبه فإذا رضى به المستصنع ثبت الزوم في حقه أيضا قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي إذا أجل المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لأن الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالتياب ونحوه لا يجوز اجتماع تعين جله على السلم تحريا للجواز وأما فيما فيه تعامل كالحنف ونحوه فيجوز الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محاطة قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعمال لأنه محتمل يحتمل أن يكون ذكره التمجيل ويحتمل أن يكون للاستعمال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولأن الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذلك كراجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولأن الاجل الترفه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس إلى جنس آخر ولو كان الاستصناع يذ كر الاجل يصير سلما كان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولأنه لو كان يذ كر الاجل سلما كان فاسدا لأنه

(قوله الصرم) قال في المصباح والصرم بالفتح الجلد وهو معرب اه (قوله لأنه اشترى ما لم يره) أي فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله اه (قوله إذا أجل المستصنع صار سلما) حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف اه اتقاني (قوله فهو سلم) أي بلا خلاف اه اتقاني

باب المتفرقات

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً) أي سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يتخذ في داره إلا أن خاف لصوصاً أو أعداء الحديث الصحيح من اقتنى كلباً إلا كلب صيداً أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط اه كمال رحمه الله قال الاتفاقى وجه الاستدلال أن (١٣٥) النى صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع بكل الصيد والماشية

شرط فيه عمل رجل واحد وأنه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الأثرى أنه يفسد إذا لم يضرب له أجل فحملناه عليه ما أمكن لما ذكرنا ولا ي خفيفة أنه يحتمل السلم فكان حمله عليه أولى وهذا لأن جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة وإجماع الأمة فيما فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة العربية في بعض الأشياء فكان حمله على السلم أولى فيما احتملاه لكونه أقرب إلى الجواز ولهذا أجل عليه فيما لا تعامل فيه إذا ضرب له أجل لكونه أنى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود أولى من الترجيح باعتبار اللفظ الأثرى أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصل كفالة والكفالة بشرط براءة الأصل حوالة وكذا الوبايع المنافع كان اجازة ولان ضرب الأجل لتأخير المطالبة وذلك بالزوم والزرع في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا الوجاهة وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلباً كالأجل أن يكون السلم استصناعاً بخلافه الأثرى أن النكاح يذ كر الأجل يكون متعة ولا تكون المتعة بخلاف الأجل نكاحاً ثم المراد بالأجل ما يصلح أن يكون أحلاف السلم وقد يناقروا من قبل وإن لم يصلح فهو استصناع أن جرى فيه التعامل والافتقار وهذا إذا ذ كر الأجل على سبيل الاستعمال وإن ذكره على وجه الاستعمال بأن قال على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد يكون استصناعاً لانه للفراغ لتأخير المطالبة وقيل إن ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشئ وعن الهندوانى إن ذكر الأجل أن كان من قبل المستصنع فهو للاستعمال فلا يصير سلباً وإن كان من قبل الصانع فهو للاستعمال فيكون سلباً وفائدة كونه سلباً أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما إلى غير ذلك من أحكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال رحمه الله (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب المقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلاً لانه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلاة والسلام إن من السحت مهر البغي وعن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيداً أو ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قضى في كلب بأربعين درهماً ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي الأثرى أن الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطياداً فكذا بيعاً ولانه يجوز تعليمه بغير عوض كالهيئة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالهيئة الأثرى أنه لا يجوز الانتفاع به شرعاً والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع به أو ما رواه

بكل الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك فعلم أن النهى كان قبل الإباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلماً كان أو غير معلماً أما اصطيداً أو حراسة لأن كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجاني بنباحه اه حدث أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوى بإسناده عن عبد الباقي بن قانع إلى جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهر إلا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهنين أحدهما أنه إذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لأن أحداً لم يفرق بينهما والثانية أن ذكر الكلب المعلم لأجل ما فيه من النفع وكل ما أبيع الانتفاع به منها فهو مثله ويدل لذلك أن النهى إنما تناول الكلاب التي لا تنفع فيها وإنما يتنفع فيها الهراش والقمار وحدث الطحاوى

في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كل صيد قتله رجل بأربعين درهماً وقضى في كل كلب ماشية يكبش وبقية السباع ثبت حكمها بالقياس على الكلب وإجماع كونها جارية ينتفع بها اصطيداً ونحوه اه اتفاقى رحمه الله (قوله البغى الخ) والبغى الزانية قال تعالى وما كانت أمك بغياً اه غاية (قوله والكلب ليس بنجس العين) اذ لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به أصلاً كالخنزير اه اتفاقى (قوله وبخلاف الهوام المؤذية) أي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الأرض جميعاً لانه لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها اه غاية

(قوله حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب) أي لأنها كانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فسق ذلك عليهم فأمر بقتلها ونهى عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اه (قوله ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم) قال الاتقاني قال في الايضاح يبيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد الى هنا لفظ الايضاح ونقل الناطقي في الاجناس من مسائل الفضل بن غانم ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس اه (قوله والصحيح الاول) صحيح في البدائع عدم الجواز قال لأنه لا يشتري للانتفاع بجلده بل للتلهي وهو حرام فكان بيع الحرام للمعصاة لا يجوز اه (قوله وما لا يجوز من الربا) أي فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن اه فتح (قوله لا يجوز لهم الا في الخراج) وذلك لأنهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما (١٢٦) لهم وعليهم الاتجار والخزير فانهم أقرروا بعقد الامان على أن يكون ذلك مالا لهم

فأولم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا رفيه نقض الامان والربا مستثنى في عهودهم لأنه لم يقع عليه عقد الامان قال تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وروى في الايضاح وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد اه (قوله وخذوا العشر من أثمانها) حدث أبو يوسف في كتاب الخراج في فصل من تجب عليه الجزية عن إسرائيل عن ابراهيم بن عبد الأعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عاله فقال يا هؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية أئمة والخزير والخمر فقال بلال أنهم

الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب لأنه روى عن ابراهيم أنه عليه الصلاة والسلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم بشرط تنجس الأئمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم قال رحمه الله (والفهد والسباع والطيور) لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال أو في المآل وله قيمة نحو الخش والطفل جاز بيعه والأفلا ولهذا لا يجوز بيع جنة قم ونقطة ماء أو كفاف من تراب لأنها لا ينتفع بها الا بقيمة لها والفيل يجوز بيعه لأنه منتفع به جلا وكوبا وفي بيع القرود وإيتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لأنه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لأنه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والخمر يجوز بيعه لأنه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخزير فإنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله (والذي كالمسلم في بيع غير الخمر والخزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ولأنهم مكلفون فيحتاجون الى بقية أنفسهم ليتصموا أعباء التكليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الأسباب ليتكفوا من تحملها مباشرة الأسباب لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخزير فان عقدهم فيها كعقد المسلم على العسر والشاة فيجوز فيها ما جاز فيها من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لأنهما أموال نفيسة عندهم فيطهقان بنظيرهما من أموالنا وهذا الأمر بأن تركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والعصاة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصاها جماعا قال رحمه الله (ولو قال بيع عبده من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى ألف فباع صح بألف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن) يعني زادهما الكلمة بأن قال بيع عبده

يفعلون ذلك فقال عمر فلا تلهوا ولكن ولوا أربابها يبيعها وخذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج وقال في الاصل من ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا يبيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهم بدايد ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل بدايد وكذلك كل ما يكال أو يوزن اذا كان منقفا واحداهم في البيوع كلها بمنزلة الاسلام ما خلا الخمر والخزير ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما الخمر والخزير فاني أجيز بيعهما بين أهل الذمة لأنهما أموال أهل الذمة استحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الاثر الذي جاء في نحو ذلك عن نحو عمر رضي الله عنه الى هنا لفظ الاصل اه اتقاني (قوله وبطل الضمان) أي لأنه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اه (قوله والمائة على الضامن) أي لأنه صير نفسه ضامنا حيث قال من الثمن فيجب عليه اه وكتب على قوله والمائة على الضامن مانصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجيء آخر فيقول لصاحب العبد بيع عبده هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى ألف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال الصدر الشهيد ولولم يوجد باعولا مساومة

ولكن ايجاب البيع بالالف حصل عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحسانا ويكون (١٣٧) البيع بعدم دلالة على القبول لانه

امثال ذلك كقول الرجل لامرأته طلق نفسك ان شئت فقالت قد طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذلك هذا كذا قال نهر الاسلام اه اتقاني (قوله أحدهما أن الزيادة) أي في الثمن والتمن اه غاية (قوله فان قال من الثمن الخ) وأورد العتاني في هذه المسئلة سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا قال من الثمن كيف يكون ثمننا ولم يدخل في ملكه شيء من المبيع وكذلك هذا بيع ثمن على غير المشتري وانه فاسد قلناه الثمن متى وجب مقصودا يشترط أن يكون في ملكه شيء من المبيع وهنا ثبتت الزيادة تبعا وصار كل زيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا بيع بالثمن على غير المشتري مقصودا بل البيع مقصودا بالالف على المشتري وهذه زيادة ثبتت تبعا على غير المشتري وهذا جائز كل زيادة في الثمن بعد البيع اه اتقاني فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمننا والاجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصل الا ترى من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها

من زيد بالالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشتري والمائة على الضامن وقال زفر والشافعي رحمه الله لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني على شيئين أحدهما ان الزيادة تصح وتلق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثاني أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بآرائه ما لا يقابله وفصل الثمن يستغنى عن مال يقابله حقيقة الا ترى ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمقابلته شيء فكذا تجوز من الاجنبي اذا لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة اذا لم يسلم له ما شيء بمقابلته لان البضع لا يتقوم حاله الخروج فاستنويافيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم تقابل حقيقة الا ترى انه لو باع شيئا بأضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح وان لم يقبل لم يوجد شرطها فلا تصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه الاصل بمقابلته شيء من البذل لا يجوز اشتراط البذل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرايحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشتري لا يجبس المبيع لأجل المائة ويراجع على الالف لانه قام عليه به وأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولا يهتم عليه ولو تقابلا البيع فلا جني أن يسترد الزيادة لانهم من الثمن وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويراجع عليها وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كان بأمره لانه لما نفذت من جهته صار هو وكفيلها قترجع الحقوق اليه اولاه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هنا ولو رده بعيب أو تقابلا برد الزيادة على الضامن فقط لانه أخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي أن الشفيع يأخذها بالالف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه أيضا ولا يقال هذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جهة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولولم يقل سوى الالف بأن قال بعه بالالف على اني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيل بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه تعذر جعله زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشتري فجعل منه ثم اذا أدى يرجع عليه ان كان بأمره والا فلا وقد عرف في موضعه فصارت في الحاصل للمسئلة ثلاث صور احدها أن يقول بعه بالالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية أن يترك قوله سوى الالف والثالثة أن يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فانهم وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشتري أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه ومعبود فلا يلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفير لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري بأن يقول زدتك على ثمن العين التي اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كخلع فلا يكون مباشرا وان كان بأمره بل رسولا قال رحمه الله

فانكر فلان طوب الكفيل بهادون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا القدر من الثمن لاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب اه كمال رحمه الله تعالى

(قوله لوجود الملك في الرقبة على الكمال) أي بخلاف ما لو ملكها لأعلى الكمال كافي ملك نصفها لا يعك التزويج به اه كمال رحمه الله
 (قوله بخلاف البيع) أي لو ورد النهي في ذلك والنكاح ليس يبيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينسخ بهلاك
 المعقود عليه بخلاف النكاح اه اتقاني قال الكمال والنكاح لا ينسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض اه (قوله كانه
 فعله بنفسه الخ) ولو وطئها المشتري كان قابضا كذلك الزوج اه كمال (قوله وان لم يطأها لا يكون قبضا الخ) حتى لو هلكت بعد التزويج
 قبل القبض هلكت من مال البائع اه فتح (قوله والقياس أن يكون الخ) وهو رواية عن أبي يوسف اه فتح (قوله بنفس التزويج)
 حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري اه فتح (قوله لانه تعيب) أي وبالتعيب يصير قابضا اه اتقاني (قوله فصار كقصان
 السعر) أي بخلاف الفعل الحسي كانه فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا
 الاعتقاد والتدبير فانه بما يصير قابضا (١٢٨) وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي والجواب اننا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل

قبضا فانه في أن الفعل الذي
 يكون قبضا هو الفعل الحسي
 الذي يحصل الاستيلاء
 والعنق الحاصل بالعنق
 ضروري ليس مما نحن فيه
 وذلك أنه انهاء للملك ومن
 ضرورة انهاء الملك كونه
 قابضا والتدبير من واديه
 لانه به يثبت حق الحرية
 للتدبير ويثبت الولاء وهذا اذا
 صح النكاح قبل القبض
 فلو انتقض البيع بطل
 النكاح في قول أبي يوسف
 خلافا لمحمد قال الصدر
 الشهيد والمختار قول أبي
 يوسف لان البيع متى انتقض
 قبل القبض انتقض من
 الاصل فصار كأن لم يكن
 وصار النكاح باطلا وقيد
 القاضي الامام أبو بكر
 بطلان النكاح بطلان
 البيع قبل القبض عما اذا لم
 يكن بالموت حتى لو ماتت

(ووطئ زوج المشترة قبض لا عقده) يعني لو اشترى أمة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح
 لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشتري فيه القدرة على التسليم
 بخلاف النكاح ألا ترى ان تزويج الأبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان
 الوطء من الزوج حصل بتسليم المشتري فصار منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا
 لها استحسانا والقياس أن يكون بنفس التزويج لانه تعيب حكى ألا ترى انه لو وجد المشترة من زوجة
 يدها بالعب فصار كالتدبير والاعتاق وكلوطه وجه الاستحسان أنه لم ينصل بها من المشتري فعل يوجب
 نقصان في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله
 فصار كقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسي اتصل بها فوجب نقصان في ذاتها لان منافع البضع
 ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كالألف عضو منها بالقسط ألا ترى أنه لو أقر المشتري بدين على
 العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهة وجوب الدين عليه حكاه وهذا بخلاف
 التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضروره يصير قابضا قال
 رحمه الله (ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبيع بدين البائع والايح
 دينه) أي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض وأقام البائع اليه ان هذا العبد كان له
 وباعه من فلان وغاب قبل أن يتقد الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه دينه فان غاب المشتري غيبة معروفة
 لم يبيعه القاضي دينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهب اليه فلا حاجة الى بيعه لان غيبته ابطال حق
 المشتري في العين وان لم يدركه هو أجابه القاضي في المنقول ان أقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على
 غائب وانما هي لنفي التهمة وانكشف الحال لان القاضي نصب ناظر الكل من عجز عن النظر ونظرهما في
 بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشتري أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا
 انكشف الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت
 البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب
 على الوجه الذي أقر به ولا يقدر البائع أن يصل الى حقه فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذ امانات
 والمشتري اذ امانات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يجبره الحاكم

الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ومن اشترى عبدا الخ) لان
 وانما وضع المسئلة في العبد لا في الدار لان في الدار لا يتعرض القاضي لذلك ولا يبيعه فان القياس أن لا يجوز في العبد الا أنه يجوز في العبد
 استحسانا بالنسبة للنفقة عن البائع ولا يحتاج الى النفقة في الدار كذا ذكر شيخ الاسلام وقال الترمذي وضع المسئلة في المنقول لان
 القاضي لا يبيع العقار على الغائب اه (قوله لان فيه ابطال حق المشتري في العين) أي المبيعة من غير ضرورة اه (قوله وان لم يدركه
 هو) تبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اه فتح (قوله وتطرهما) أي البائع والمشتري اه (قوله وهذا لان العبد في يده وقد أقر به)
 قال الكمال وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لانه لك المشتري يظهر باقراره يعني باقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وهو كونه
 مشغولا بحقه تبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تمام لاثبات الدين على الغائب فما هي الا لكشف الحال ليجيبه القاضي
 الى البيع نظر الغائب لا يثبت الدين عليه فانه لو لم يتمها لم يجبه الى ذلك اه

(قوله لان حقه غير متعلق به) أي بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حيث لا يثبت الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لا تقبل هذه البينة لانها لا يثبت حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدي ولا حكلي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه وفي الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالبيع واحتاج الى أن يتفق عليه الى أن يحضر المشتري ويرعى التفرقة على الثمن والقاضي ناظر لحياء حقوق الناس فكان القاضي أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب لينزع شيئا من يده لا يقبلها والاجماع في مثله لدفع البلية عن البائع (١٣٩) وليس فيه إزالة الغائب عما في يده

لان البائع يستوفي حقه مما في يده اه كمال رحمه الله (قوله في المتن حتى يتقدم شريكه) قال في الصحاح تقدمه الدراهم وتقدم له الدراهم أي أعطيته فانتقدتها أي قبضها ونقدت الدراهم وانتقدتها اذا اخرجت منها الزيف اه وعلى هذا فنقد بالمعنى الاول يتعدى الى مفعولين أحدهما بنفسه والثاني تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون تقدير كلام المصنف حتى يتقدمه شريكه الثمن بحذف المفعولين أو يتقدمه شريكه الثمن والله أعلم اه (قوله قبل القبض) أي قبل اعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه لا يتقدم جميع الثمن بالاتفاق لان للبائع الجبس بكل الثمن اه (قوله وهو اجنبي عن نصيبه) أي لانه ليس بوكيل عنه اه (قوله فصار كغير الرهن) أي اذا أفلس الراهن وهو

لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لانه قول من مشايخنا من قال ان القاضي بوكيل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه أن يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع وأوفى عنه فان فضل شيء من دينه عسكه للمشتري الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقي شيء منه تبعه البائع اذا ظفربه قال رحمه الله (ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحجسه حتى يتقدم شريكه) يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله أن يحجسه عنه حتى يتقدمه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما ادى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع البيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من البيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لاني يوسف أن الحاضر قضى دينه على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا يجبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالأوكيل بالشراء وكغير الرهن وصاحب العلوق قضاء الدين وبناء السفل ولهما أن الحاضر مضطرا الى أداء كل الثمن لان البائع حق حبس كل البيع الى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كغير الرهن وصاحب العلوق والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالأوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأشبهه الاجنبي والاصل أن الشيء متى تردد بين شيئين تفرع عليه حظهما فلهما بالاجنبي يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا أولى من العكس لانه في حالة الحاضرة يمكنه أن يخصمه الى الحكم فلا يكون مضطرا وفي حال غيبته لا يمكنه جعل مضطرا فيرجع بالثمن ويجبس المبيع به كالأوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطرا محض وليس بتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وقضة فهما نصفان) لانه أضاف

(١٧ - زيلبي رابع) المستعير أو غاب اه (قوله يمكنه أن يخصمه الى الحكم) أي في أن يتقدم حصته ليقبض نصيبه اه (قوله في المتن من باع أمة بألف الخ) قال الكمال ويستترط بيان الصفة من الجودة وغيرها اه (قوله في المتن فهما نصفان) ههنا مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال جيد ذهب وقضة قال هذا نصفان خسمائة مثقال ذهب وخسمائة مثقال فضة وقوله أبيعك مساومة لا إيجاب قالوا وانما وجب التنصيف ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمقابل ولم يترجح الفضة لكونها غالبية في المبيعات لانها لما تعارضت ولم يوجدها المرجح صير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك لو قال بعتك بألف من الدراهم (١)

(قوله أو أنفقها ثم علم بالعيب الخ) ههنا خمس مسائل احداها هذه الثانية كفل بالحياد ونقد الزيف ورجع بالحياد الثالثة اشترى بالحياد ونقد الزيف يبيعه مرابحة على الحياد الرابعة اشترى الدار بالحياد ونقد الزيف فالشفعة بالحياد الخامسة حلف لا يقضيه حقه اليوم وعليه مجياد فقضى زيوفا بر اه قنية في الشفعة قوله فقضى زيوفا بر قال الكمال وفي الاجناس اشترى بالحياد ونقد الزيف ثم حلف أنه اشترى بالحياد قال أبو جعفر لا يحتج وقال أبو يوسف يحتج اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد الخ) قال الاتقاني وقوله ما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان اه (قوله في المتن أو تكس طي في أرض رجل) أي دخل كاسه والكاس بيت الطي وفي بعض (١٣٠) التسع تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحتزبه عمالو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل

المتقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كأنه قال بعثك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مئاة قيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الألف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان على كرحنطة وشعير ومسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكرو هذا قاعدة في المعاملات كلها كالهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال رحمه الله (وان قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني اذا كان له على آخر دراهم جياذ فقضاء زيوفا وهو لا يعلم فهلكت أو أنفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفا ويرجع بالحياد لان حق صاحب الدين مرعى من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر لانه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالحياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبداد الا انه حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقه لا يمنع ولان الجودة تتبع فلا تنقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع أصلا بخلاف الراهن اذا أتلف الرهن أو المولى اذا أتلف ملك عبده المأذون المدين حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله (وان أفرخ طيرا أو باض أو تكس طي في أرض رجل فهو لمن أخذ) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشبهه قال الله تعالى ليلأونكم الله بشئ من الصيد تناله أيديكم وربما حكم أي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد لا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيدا أو حفر بئر الماء فوق فيه صيدا لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما اثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل التحل في أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من أنزال الأرض حتى يملكه تبه اها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها لجرى الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا

لا لا أخذ ولا يختص بصاحب الأرض اه كال رحمه الله قال الاتقاني رحمه الله وأراد بقوله تكس استر اه وقال الاتقاني ونقل الفقيه أبو الليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال قال محمد لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقدم ملك السمك وليس لاحد أن يأخذه ولو اتخذ الحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له قال وكذلك لو حفر في أرضه حفرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقدم ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه وكذلك لو أن رجلا وضع صوفاء على ظهر بيت بجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله أن يسترد منه وان كان

وضعه لغيره لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الليث أيضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيدا باض في أرض أخذ رجل أو تكسر فيها فخامر رجل ليأخذه فنتعه صاحب الأرض فان كان منعه اياما في موضع بقدر صاحب الأرض على أخذه قريمانه كان الصيد لرب الأرض فنتعه منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو أن صيدا دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان بقدر على أخذه بغير صيد فقدم ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه اه (قوله لو دخل صيد داره) قال الكمال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم بيه وأغلق الباب عليه أو سد الكوة وكذا اذا وقع في ثياب النار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه اه (قوله أنزال) بفتح الهمزة والآنزال جمع نزل يقال طعام كثير النزل والنزل أي الربع وهو الزيادة اه اتقاني

(قوله في المتن ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) قال العيني أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اه (قوله والاجارة والاجارة) كذا في المتن وشرح عليه العيني اه وكتب على قوله والاجارة ما نصه قال الشيخ فاسم في شرح النقاية وفي تعليقها أي الاجارة بالشرط اختلاف المشايخ أيضا قال صاحب المحيط اذا قال اذا جازع رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الاسكاف وقال الصفار لا يصح لانه تعليق التمليك بعوض وهو اختيار ظاهر الدين اه قال في قنأوى فاضل خان في أول كتاب الاجارة رجل قال لغيره آجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جازي في قولهم ولو قال اذا جازع رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف يجوز ذلك وقال الفقيه الصفار لا يجوز لانه تعليق التمليك بعوض فلا يصح كالمعلق بالشرط آخر والذي يؤيد قوله ما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لا مراة اذا جاء غدا فانت طالق كان حاتفا في عينه وهذا يؤيد قوله والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خيار الشرط في البيع فقال أبطلت خيارى (١٣١) غدا أو قال أبطلت اذا جاء غدا كان ذلك جائزا قال وليس هذا كقوله ان لم أفعل كذا فقد أبطلت خيارى فان هذا لا يصح لان هذا وقت يحى لا محالة ولو آجرتك كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الاجارة قال الفقيه أبو بكر البجلي كما يصح تعليق الاجارة لمجى الشهر يصح تعليق فسختها لمجى الشهر وغيره من الاوقات ومسئلة المنتقى تعليق ابطال الخيار يؤيد قوله وقال شمس الأئمة السرخسى رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمه الله اضافة الفسخ الى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعلق الفسخ لمجى الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اه قلت وحاصل ما ذكره في شرح النقاية أن الفتوى

أخذ من أرض العشر قال رحمه الله (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والاجارة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم) والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشرط الفاسد لما روى انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشرط الفاسد لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالى عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمري وأبطل الشرط وأصل آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يخلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعناق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملامم وكذا التمريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد جعفر وان قتل جعفر فزيد بن رواحة واه البخاري فاذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشرط الفاسد لما روىنا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا الا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا ان رضى فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار الاجنبى وهو جائز على ما ينه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على أن يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد ينه من قبل والقسمة والاجارة عليك أما الاجارة فظاهر لان فيها

على صحة تعليق الاجارة كما اذا قال اذا جازع رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره فاضل خان أن الفتوى على ان اضافة الفسخ الى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ لمجى الشهر وغيره لا يصح اه (قوله وعزل الوكيل الخ) وأما تعليق الوكالة بالشرط فهل يجوز يتطرق في الكثر قبيل كتاب المكاتب اه (قوله فيفسد بالشرط الفاسد) قال العيني فاذا باع عبدا وشرط استخدام شهر أو باع دارا على أن يسكنها فالبيع فاسد كما هو اه (قوله ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ) لان تعليق التمليك لا يصح اه (قوله أو يلائمه) أى كل رهن والكفالة لانهما الوثيقة والتأكيدي الجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤ كده ملائم له اذا كان معاوما بان كان الرهن والكفالة معينين اه ذكرا شارح رحمه الله في باب البيع الفاسد اه (قوله لاهل الاستحقاق) وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمى والاجنبى اه ذكرا شارح في البيع الفاسد اه (قوله والقسمة الخ) قال العيني بأن كان لبيت دين على الناس فاقسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين لباقيين فهذا فاسد وصورة تعليقه بالشرط بان اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اه (قوله والاجارة) قال العيني بان آجرتك

بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو آجرها باهاً أن قدم زيد اه (١) وقوله والاجازة بالراي بان باع الفضولي عبد فلان فقال أجزته بشرط أن يقرضني أو يهدي الي أو علق اجازته بشرط بان قال أجزت البيع ان رضى فلان لان الاجازة بيع معنى (قوله والرجعة) قال العيني بان قال بطلت الرجعة راجعتك على أن تقرضني كذا أو ان قدم زيد لانها استدانة الملك فيكون معتبراً بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقه أيضاً اه وصورة أخرى لفساد الرجعة بالشرط الفاسد بان قال راجعتك ان انقضت عدتك فانها تفسد لانها لا تصح الا في العدة اجماعاً (قوله والصلح عن مال بمال) قال العيني بان قال صالحتك على أن تسكنني في الدار سنة مثلاً أو ان قدم زيد اه وكتب على قوله والصلح عن مال بمال مانصه كقوله اذا جاء غدا فقد راجعتك وكذا لا يجوز اضافتها بان يقول راجعتك غدا اه وكتب مانصه صورة فساد الصلح عن مال بالشرط الفاسد بان ادعى على رجل مالا معلوماً وأقر المدعي عليه أو أنكر فصالح المدعي عليه بشرط أن يقبل المدعي عبد المدعي عليه الا بقاء ما ادعى فقبل يكون الصلح فاسداً بناء على أن هذا شرط فاسد لكونه مخالفاً لمقتضى العقد اذا الصلح عن مال بمال بيع في حق المدعي مطلقاً والقدرة على تسليم المبدل شرط جواز ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسداً وتعليقه بالشرط بان قال صالحتك على كذا اذا جاء رأس الشهر وقبل الاخر فانه لا يجوز لانه في معنى البيع اه (قوله والابراء عن الدين) قال العيني بان قال أبراءك عن ديني على أن تخدمني شهراً أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الابراء عن الدين بالشرط الفاسد بان قال لمدوني أبرأت ذمتك عن ديني بشرط أن لي الخيار في رد الابراء (١٣٣) في أي وقت شئت وصورة تعليقه بالشرط بان قال لمدوني أبرأت ذمتك اذا أدبت الى

كذا أو مني أدبت أو ان أدبت الى خمسة فانت بريء عن الباقي فهو باطل ولا يبرأ وان أدت اليه خمسة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل به اه (قوله وعزل الوكيل) قال العيني بان قال لو كيله عزلتك على أن تهدي لي شيئاً أو ان قدم فلان اه فالوكالة باقية لفساد العزل (قوله والاعتكاف) قال العيني بان قال علي أن أعتكف ان شئني الله مريض أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد

تملك المتفعة والاجرة والقسمه فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدانة الملك فيكون معتبراً بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما يذكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعاً والابراء عن الدين عليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبراً بالتعليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجازة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجازة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لانه كذا اقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذباً لا يكون صدقاً فبفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات لينبئ انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته أو عجزه الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه الحال على ما بينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح تعليقه بالخطر ولا مضافاً الى زمان بان قال المحكم ان اهل الشهر أو قال لعبد أو كافر اذا اعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واصاقته الى الزمان لانه ليس فيه الاتقويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولا يبي يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة و صلح معنى اذا صار اليه الا براضيهما القطع الخصومة بينهما فباعبارانه صلح لا يصح تعليقه ولا اصاقته وباعبارانه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال رحمه الله

الاعتكاف بالشرط الفاسد بان قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لله بشرط أن لا أصوم أو (وما

بشرط أن أباشر امرأتى في اعتكافي أو أن أخرج في أي وقت أشاء لمصلحة وغيرها يكون الاعتكاف فاسداً لان هذا شرط فاسد وتعليقه بالشرط بان قال نويت أن أعتكف عشرة أيام ان شاء الله اه (قوله والمعاملة) قال العيني بان قال ساقيتك شجرة أو كرمي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان اه وقبل صورة فساد المعاملة بالشرط بان وقتنا فيها وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمرة فيه فيفسد لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج اه (قوله والمزارعة) بان قال زارتك أرضي على أن تقرضني كذا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد المزارعة بالشرط الفاسد بان عقد المزارعة وشرطاً لهما قفراً تاماً أو شرطاً أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين فهي باطلة لانه عسى أن لا يخرج الارض الا هذا المقدار اه (قوله والاقرار) بان قال لفلان على كذا ان أقرضني كذا أو ان قدم فلان اه عيني (قوله والوقف) بان قال أوقف داري ان قدم فلان أو أوقف داري عليك ان أخبرني بقدوم فلان اه ع (قوله والتحكيم) بان قال احكمنا هذا ان كان كافر أو محدوداً في قذف فلا يصح التحكيم لانها جعلت قاضياً بشرط عدم أهلية القضاء في فرع يحفظ ولو قال كلما دخل ثجهم ولم توتق المالح حال صح والمال يصير حالاً في حيل شمس الأعمه الخواني كذا في الخلاصة في الفصل الخامس من البيوع اه

(١) قول المحشي وقوله والاجازة بالراي ليس في نسخ الشارح التي بأيدينا تعرض للكلام على الاجازة بالراي وهي نابتة في المتن اه معجمه

(قوله في المثل وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ) سبعة وعشرون شيئا على ما ذكره اه عيني (قوله القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرا مثلا اه عيني (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون جملها لي اه (قوله والصدقة) بان قال وهبتك هذه المائة على أن تخدمني جعة اه ع أو تصدقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون جملها لي اه وكتب على قوله والصدقة ما نصه ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل أو قال رجل لا تزوجتك بتي على أن تزوجني بتيك بشرط أن يكون بضع كل منهما صادا فالآخرى فهذا شرط فاسد (قوله والطلاق) بان قال طلقتك على أن لا تزوجي غيري (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون الخيار لي مدة سنها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (قوله والعق) بان قال أعتقتك على أن يكون الخيار لي ثلاثة أيام أو على أن لا ولا على عليك اه (قوله والرهن) بان قال رهنت عندك هذا العبد بمائة درهم على أن لا يكون مضمونا عليك أو على أن لا تقبضه وقبل الآخر اه (قوله والايصاء) بان قال أوصيت اليك على أن تزوج ابنتي أو أوصي الى فلان وشرط أن لا يخرج من الوصاية وان خان وتركت حفظ الامانة فالايصاء جائز والشرط باطل (قوله والوصية) قال العيني بان قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان اه أو بان قال أوصيت بخدمة عبيدي هذا فلان على أن لا يسلم العبد الى الموصي له ومات الموصي والعبد يخرج من الثلث يسلم للموصي له بالخدمة لان هذا شرط فاسد مخالفته لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به اه (قوله والشركة والمضاربة) بان قال شاركك على أن تهديني كذا أو ضاربك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في الشركة والمضاربة بان عقدا الشركة لاحدهما ألف وللآخر ألفان وشرط الربح والوضيعة نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة وعلى هذا اذا شرط الوضيعة على المضارب بطل الشرط لا المضاربة (قوله والقضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تغزل أبدا قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في القضاء بان قال القاضي لصاحب الحق أقضي لاجلك على (١٣٣) زيد بشرط أن تحط من دينك كذا أو توجه الى وقت كذا

(وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الزمة وتعليق الردي العيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي) هذه كلها لا تبطل بالشرط الفاسد لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ألا ترى أنه

أمره بهذا (قوله والكفالة) بان قال كفلت عن غريمك ان أقرضتك كذا اه (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى (قوله والوكالة) بان قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عمالك على اه وكتب على قوله والوكالة ما نصه بان قال وكلتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اه (قوله والاقالة) بان قال أفلتت عن هذا البيع ان أقرضتك كذا قاله العيني وقيل صورته بان أقال البائع مع المشتري البيع بشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة والشرط فاسد اه (قوله واذن العبد) بان قال لعبد أذنت لك في التجارة بشرط أن تتوقف الى سنة مثلا أو على أن تتجرفي كذا فان أنه يكون عاما في التجارات والاقوات الى أن يحجر المولى لان هذا شرط فاسد بناء على أن الاسقاطات لا تتوقف (قوله ودعوة الولد) بان ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين ويرث وبطل الشرط لانهم من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر لما عرف وشرطه أن لا يرث بشرط فاسد مخالفته الشرع والنسب لا يفسد به كذا في بعض الشروح وقال العيني بان قال لامته التي ولدت منه هذا الولد ان وضيت امرأتي اه (قوله والصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيئا فان الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط اه (قوله والجراحة) بان شجر رجلا موضحة خطأ فصالح بشرط أن يعطى الشايج زيادة عن ارش الموضحة أو كان عمدا فصالح على خمسة اشهر بشرط أن يقتص المشجوع بعد الشهر فالصلح جائز وشرط الزيادة في الاول والقصاص في الثاني بعد الشهر باطل لما يذكر في باب الجنائيات (قوله وعقد الزمة) قال العيني بان قال الامام طربي يطلب عقد الزمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الزمة صحيح والشرط باطل اه وكذلك لو شرط في عقد الزمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة أو أن لا يظهر الكسبيج (قوله وتعليق الردي العيب) أي كقوله ان وجدت به عيبا أردت عليك ان شاء فلان اه عيني (قوله أو بخيار الشرط) بان قال من لم يخيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح الرد ويبطل الشرط قاله العيني (قوله الرؤية) كذا بخط الشارح والثابت في المتن الشرط اه (قوله وعزل القاضي) بان قال الخليفة عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه يغزل ويبطل الشرط قاله العيني

(قوله ويظل الشرط) أي لا يشترط مخالف مقتضى العقد وهو الكيفية البدعية وجه الاستبعاد وثبوت الاختصاص بخالفه فلذا بطل الشرط وصح العقد اه (قوله فانها تفسد به) (١٣٤) أي على ما عرف في موضعه اه (قوله الصلح عن جنابة العمد) الذي في خط

الشارح الغصب بدل قوله العمد اه (قوله ثم الشيخ رحمه الله ذكرها) أي ثلاثة أقسام اه (قوله ولم يذكرها) أي ثلاثة أقسام أخرى اه (قوله فهو مختص بالاسقاطات المحضة) قال قاضيان آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره اذ تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوج فلانة فطلقة ما لو كبل طلقت لان الوكالة محتمل التعليق والاضافة اه وهذا تعليق لا اضافة كما لا يخفى (قوله والكفالة) اعلم أنه لم يكن في خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد الا بذلك اه (قوله على ما بينه) الذي بخط الشارح على ما بينا (قوله الاجازة) أي عن الوكالة اه (قوله فتسعة) كذا بخط الشارح والتظاهر أنه عشرة كذا بخط شيخنا الغزي رحمه الله وانما عدتها الشارح تسعة نظرا الى أن البيع واجازته كشيء واحد اه

كتاب الصرف

وجه المناسبة مرفي أول باب السلم اه غاية قال في المصباح صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صرفي وصريف وصراف للبالغه قال ابن

عليه الصلاة والسلام أجاز العري وأبطل شرط المعرو وكذا أبطل شرط الولاء لغير المعتقد بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ابتاعى فأعتق فأنما الولاء لمن أعتق قاله لها حين أرادموها إلى بريرة أن يكون الولاء لهم بعدما أعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعمل فلانا أو على أن يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويظل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء وأما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد بان كان في نفس البذل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلهما بالبيع نفسا اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبههما بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم أي من القسم الذي لا يبطل بالشرط الفاسدة الصلح عن جنابة العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة ذكره في النهاية في آخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكرها ما يبطل بالشرط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكرها ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن قد ذكرنا ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميم للفائدة في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في آخر كتاب الاجارة فنقول أما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق وبالالتزامات التي يحلف بها كالبيع والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا وأما الثاني وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فأربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والكفالة والوصية والايضاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول أصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدودها على ما بينه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الى ترى أن فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الى ترى أن من يميزهما لا يميزهما الا بطريقهما ويراعى فيها شرائطهما والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جهة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون اسقاطا قبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فتجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لمذاكرنا والايضاء بالمال أو باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقة تمليك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها و اضافتها أما الايضاء الى شخص فلانه توكيل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط وأما الوصية بالمال فلان لفظها ينبي عن التملك بعد الموت اذ لا يتصور أن تكون للمال الاجازة والقضاء والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط وأما الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تملكيات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال رحمه الله (هو بيع بعض الاعنان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه

فارس الصرف فضل الدرهم في الجوده على الدرهم ومنه اشتقاق الصريف اه وقال في المغرب صرف الدراهم باعها هذا بدرهم أو بدنانير وأصرفها اشتراها والدرهم على الدرهم صرف في الجوده والقيمة أي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميزه من الجوده

وفي الغريين عن بعضهم
الصرف التافلة والعدل
الفريضة كما ذكر المصنف
ولا اعتراض عليه مع أنه
الانصب اه (قوله من اتقى
الى غير أبيه) الذي في خط
الشارح من اتقى الى غير
الله (قوله ولا عدلا) المراد
بالعدل الفرض الذي هو
مستحق عليه ولا شك
في (١) (قوله لانه
لا ينتفع بعينه) أي لا ينتفع
بعين الذهب والورق وانما
ينتفع بغيرهما بما يقابلهما
من نعم والخير والسم والثوب
في دفع الجوع والعطش
ودفع الحر والبرد وغير ذلك
اه اتقاني (قوله وقال عمر
رضي الله عنه اذهب بالذهب
اخ) روى محمد في كتاب

الصرف قال حدثنا عبيد الله بن عمرو عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضهم على بعض لا يباع منها غائب بنا جزفاني أخاف الرماوان استنظر لآل أن يدخل بيته فلا تنظر موال الرماء بالمذهب يعني الربا وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وعن ابن عمر أنه قال ان وثب من سطح قصب معه اه اتقاني (قوله لعدم الاولوية) أي لان أحد العوضين ليس بأولى من الآخر في القبض لان خلقه الذهب والفضة للتمنية وان كانا مما يتعينان كالتمر والمصوغ اه اتقاني (قوله خلعة) أخرجه ما هو عن بالاصطلاح كالفلوس قال البرازي ولو اشتري مائة فلس بدرهم يكنى التقابض من أحد الجانبين اه (قوله حتى لو ناما الخ) قال في الاختيار ولو ناما جالسين لم يكن فرقة ولو ناما مضطجعين كان فرقة ولا يجوز خيار الشرط لانه يتقضى استحقاق القبض ولا الاجل لانه يفوت القبض الذي هو شرط الصحة فان اسقطاها قبل التفرق جاز خلافا لزراره اه قال الكمال رحمه الله ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أغشى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف

ذوهم ولا تخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً يقول له بعنك الدراهم التي لي عليك بالدينار التي لك علي فقال قبلت كان باطلا وكذا الونادي
أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهم مافتقروا وعن محمد بن لو قال الأب اشهدوا أي اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة
وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن يبدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم اه فتح وكتب علي قوله حتى لو ناما مائة أه قال
في شرح الطحاوي ثم وجود التقاض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقاض قبل التفريق بالابدان شرط حتى
انهم لو تعاقدوا ولم يتقاضوا حتى مشيا ميلا أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقاضوا وافتقروا جازا الصرف وكذلك الحكم
في تسليم رأس المال في باب السلم يعني أن قبض رأس المال قبل التفريق بالابدان شرط وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته والافتراق
المعتبر الافتراق بالابدان دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا أو ناما في المجلس أو أغشى عليهما أو طال فعودهما لا يبطل لما مر أن الدراهم
والدينار لا يتعينان اه اتقاني (قوله بخلاف خيار الخيرة) يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقد من معا وخيار الخيرة يبطل وإن مشت
مع زوجها إلا أن اشتغالها بالمشي دليل (١٣٦) الأعراض عاجل اليها فيبطل خيارها إن لم تفارق الزوج اه اتقاني (قوله ثم علما

أو أغشى عليهما في المجلس ثم تقاضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار الخيرة لأنه يبطل بالأعراض أو بما
يدل عليه قال رحمه الله (ولو باع الذهب بالفضة مجازفة صح أن تقاضا في المجلس) لأن المستحق هو
القبض قبل الافتراق دون التسوية لما رويناه فلا يضر الجراف وان افتراق قبل قبضهما أو قبل قبض
أحدهما بطل لقوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لأن الخيار يمنع
استحقاق القبض مادام الخيار باقيا لأن استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنع وبالاجل يفوت
القبض المستحق بالعقد شرعا إلا إذا أسقط الخيار أو الاجل في المجلس فيعود صحيحا ولو الالمفسد قبل
تقرره ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح
وقال زفر يصح لأن التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب
تحصيله بفعلة أو ما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطا للجواز لأن الأحكام تنبني على فعل العباد تحقيقا
لمعنى الابتلاء قال رحمه الله (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فان باع ديناراً بدراهم
واشترى بها ثوبا ففسد بيع الثوب) لأن في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي أن يجوز
العقد في الثوب كما نقل عن زفر إذا التقود لا تتعين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً ألا ترى أنه
لو أسلم ديناً على المسلم إليه جاز السلم حتى إذا سلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق ثم السلم ولو تعين
لما صح لكونه كالشابكالي لا ناقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير
العاقد لأن تعين الدين يكون اشتراطاً على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما إذا اشترى شيئاً على
أن يكون الثمن على غيره ألا ترى أنه لو كان لمدن على شخص فاشترى به شيئاً من غير من عليه الدين لا يجوز
لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدل الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن
متعيناً بالتعيين كالمضروب وأما إذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فإنه لا يجوز بالاتفاق لأنه يكون بيع
المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف
بألفين ونقدم الثمن ألفاً فهو غن الطوق وإن اشتراها بألفين ألفاً نقدوا ألفاً نسبة فالألف غن الطوق)

تساويهما قبل الافتراق
صح) قال الاتقاني فاما اذا
ورثا في المجلس فوجد اسواء
فكان القياس أن لا يجوز
لأن العقد وقع على فساد فلا
يصح بعد ذلك وفي الاستحسان
يجوز لأن ساعات المجلس
جعلت كساعة واحدة
دفع العسر وتحقيقا للسير
فكان العلم بالمساواة في
المجلس كالعلم بها في حال
العقد اه وكتب علي قوله
صح ما تصه عن أبي حنيفة
لا يجوز اه كمال (قوله
فسد بيع الثوب) أي وغن
الصرف على حاله بقبضه
منه ويتم العقد الأول اه
غاية وكتب علي قوله فسد
بيع الثوب ما تصه ولا يبرأ
باقعه عن بدل الصرف اه
(قوله كما نقل عن زفر) أي

ولا يبرأ باقعه عن الصرف عنده أيضا اه ذخيرة (قوله فهو غن الطوق) قال الكمال رحمه الله وبين الفساد بترك القبض يعني
والفساد بالاجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي ما إذا باع جارية في غنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق
مائة من ألف فيصير صرفا فيه وتسمة الجارية ببيعها فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسمة صح ولو فسد بالاجل
بأن باعها بألف درهم إلى أجل فسد فيها عنده خلافاً لهما فإنهما لا يفسد في الجارية وفرق أن في الأول انعقد صحيحاً ثم طرأ الفساد
فيخص محله وهو الصرف وفي الثاني انعقد أولاً على الفساد ففساد وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة وفي الكامل
لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدينار خيار رؤية لأن العقد لا يفسخ بردها لأنه انما وقع
على مثلها بخلاف التبر والحلي والواني من الذهب لأنه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض
زيفا أو سئوا ففكه في جميع أبوابه من الاستبدال والبطلان كراش مال السلم اه (قوله فالألف) كذا هو بخط الشارح رحمه الله
والذي بأيدينا من نسخ المتن فالنقد اه

يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق وقيمتها ألف بالنى مثقال وتقدم منه ألفا
كان المنقود عن الطوق وان اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال عن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح
فانه قال قيمة كل ألف أي قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما
يعتبر القدر عند المقابلة بحسنه وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق
والباقي بالجارية قل قيمتها وكثرت تحريم الجواز فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن
الثلث خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثلث ذهب أو بالعكس فيثبت في بيان قيمتهما لان الثلث
يتقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالألف عن الطوق أي الألف الحال عن الطوق وانما
كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والتأخير منهما الاتيان
بالواجب لان دينهما وعقلهما عنهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض
والحال إلى الطوق لاحسان الطن بالمسلم ولو كان كل الثلث مؤجلا فسد البيع في الجميع عند أبي
حنيفة وقال يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيقدر الفساد بقدر
المفسد على ما ينال ولا يحنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في
البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى إلى غيره كما إذا اشترى عبيدين فهاك أحدهما
قبل القبض أو استحق بعده قال (وإن باع سيفا حليته خسون بمائة ونقد خسين فهو حصتها وإن لم يبين
أو قال من عنهما) يعني يكون المنقود حصة الحلية وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذهما من عنهما أما إذا لم
يبين فلماذا كرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح وأما إذا قال خذهما من عنهما فلان التثنية قد يراد بها
الواحد منهما قال الله تعالى نسيأحوتهما والناسي أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان
والمراد أحدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا سافر غما فأتا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر
حاله بالاسلام ولهذا إذا قال لا مرأيتيه إذا حضمتا حضنة أو ولدتهما فأتا فأتا طالقان فولدت أو حضنت
إحداهما طلقا لانه يراد به إحداهما للاستحالة اجتماعهما في ولد واحد أو حضنة واحدة بخلاف ما إذا
قال إن حضنتا أو ولدتهما فأتا فأتا طالقان حيث يعتبر وجوده منهما لا مكان وعلى هذا لو قال خذهما
نصفه من عن الحلية ونصفه من عن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من عن الحلية لانه لو قال
بأن الكل عن السيف يكون المقبوض عن الحلية لان السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عوضا
منه ولان مراده أن يسلم له كل الثلث ولا يسلم له إلا بهذا الطريق قال (ولو اقترقا بلاقبض صح في
السيف دونها إن تخلص بلا ضرر والابطال) يعني بطل العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضه قبل
الاقتراق وإذا لم يقبض حتى اقترقا بطل في نفسه لفقد شرطه وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر
لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم
فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزيا إلى المبسوط فقال لو قال خذهما هذه الخسين من
عن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح
بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصریح الدافع فيكون المدفوع من عن
السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك فيكون أعرف بحجته قال الرازي عقوره به فيبغي أن
تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من أنه ينصرف إلى الحلية على ما ينال ومن أنه على التفصيل المتقدم
يعني ان كانت الحلية تخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والاقبطل في الكل لما ينال وفي المحيط لو قال
هذا من عن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود عن الصرف ويحتمل جميعا لانه
قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود إلى الصرف فكنا بجواز بيعهما وان أمكن تمييزها
بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف

(قوله فيقدر الفساد بقدر
المفسد) أي كما في المسئلة
الاولى وهي ما إذا باعهما
بألفين وتقدم من الثلث ألفا
وقال هي من عن الجارية
اه (قوله بخلاف الفساد
في المسئلة الاولى) أي وهي
ما إذا اشتراها بألف نسيئة
وألف حالة وتفرقا قبل
قبض الألف حيث لا يتعدى
الفساد اه (قوله فنسبنا)
كذا بخط الشرح والتلاوة
بدون الفاء اه (قوله وقال
عليه الصلاة والسلام) أي
لما لبث الحويرث وابن عمه
(قوله يكون المقبوض عن
الحلية) أي إذا كانت
لا تتخلص من السيف الا
بضرر كما سيأتي آنفا في
كلامه وكلام المحيط اه
(قوله لتعذر تسليمه بدون
الضرر) أي ولهذا لا يجوز
افراده بالبيع كما مر في
بوزع من سقف اه كال

(قوله بفهمة الفساد من وجهين) أى إذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل وجهة الصحة من وجه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اه (قوله فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة) أى وكذا إذا اختلف التجار في قدرها فالبيع باطل اه غايه (قوله لانه طارئ) أى بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيه ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض اه كمال رحمه الله (قوله فصار كما اذا اشترى قلبا) أى من الفضوزته عشرة دراهم اه غايه (قوله وثوبا) أى قيمته عشرة دراهم اه غايه (قوله بصرف الالف الى المشتري) أى والباقى الى العبد الاخر اه (قوله بطل) الذى فى الهداية فسد اه

فعلى هذا ما ذكره في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توقيفاً بينه وبين ما ذكر في المحيط هذا اذا علم أن الفضة التي هي الثمن أكثر مما في الطوق والحلية وان علم أنهم مثله أو أقل منه لا يجوز الربا وان كان مجهولاً لا يجوز وقال زفر بجوز لان الأصل هو الجواز والفسد هو الفضل الخالى عن العوض فإلى ما يعلم يكون العقد محكوماً بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لا يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر بفهمة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال (ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه واقترا قاصح فيما قبض والاناة مشتركة بينهما) يعنى اذا باعه بفضة أو ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فبطلت الفضة عند الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضاً لان التفريق من جهة الشرع باسقاط القبض لامن جهة العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب أيضاً بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم التقديس قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث يثبت له الخيار في أخذ الباقي لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجيىء قال (وان استحق بعض الاناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رده) لان الشركة في الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجوداً عند البيع مقارنة بالخلاف المسئلة الاولى وهى ما اذا اشترى اناء فضة واقترا قاصح وقديس عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريق باسقاط من جهة المشتري على ما بينا قال (ولو باع قطعة نقره فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذا التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفريق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدان فاستحق أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفريق الصفقة عليه قبل التمام لامن قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض قال (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكربر وشعير بضعفهما) أى بان يبيعهما بكرى بروكرى شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلاً بخلاف جنسه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يصح هذا العقد أصلاً لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضى الاتساق على الشيوع لا على التعيين ففى جملة على خلاف الجنس تغييره فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان أمكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح فى المشتري بألف لانه اشترى ما باع بأقل مما باع وان أمكن تصحيحه بصرف الالف الى المشتري وكذا لو جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعتك أحدهما لا يصح التنكير وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهمين ووثوباً بدرهم ووثوباً ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد فى الدرهمين لانه صرف فيهما وان أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الآخر ولنا ان فى صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساد ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله ودون وصفه ولان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيداً لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف فى موضعه فيحمل على المقيد الصحيح عند تعذر العمل بالاطلاق ألا ترى انه لو قال عند المقابلة على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافياً له لما صح فكان جله على المقيد الصحيح أولى من جله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعاً طلباً للصحة ألا ترى ان الكلام أصله أن يكون مستعملاً فى حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة جمل على انجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالجل عليه ولئن كان تغييره

(قوله ونصفه بغير المقبوض) قال في الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى أن العقد شرع جائزا والفساد انما يكون بفسد ومعارض وههنا متى حكما بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أثبتنا امرأ عارضا مفسدا لم يأت هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول اذا أريد بهذه المقابلة مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد أريد بالمقيد هنا بدلالة حال التصرف فكان هذا صحيح التصرف على الوجه الذي قصده المباشرا على خلافه اه اتقاني رحمه الله (قوله فانه ينصرف الى نصيبه) أي وهو النصف الشائع بين النصيين اه (قوله بخلاف مسألة المراجعة فانه) أي لو صرف كل الربح الى الثوب ١٣٩ لا يبقى بيع الثوب والقلب جميعا

مراجعة لانه حينئذ يكون بيع الثوب مراجعة وبيع القلب تولية والعاقبة قصد بيعهما مراجعة فيلزم تغيير تصرفه أصلا بخلاف ما نحن فيه اه غاية (قوله وفي الثانية الخ) أراد بها قوله فيما سبق وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسة اه (قوله غير متعين) أي فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لا نالو صرفنا خمسة أه أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس اه غاية (قوله والثالثة) أي وهي ما لو جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك

تغير الوصف لا تغير الأصل المقابلة اذ هي موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما ما ديتا راتم افتراقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالاه لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضي أن يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل حصته غير المقبوض وكذا لو باع درهمين بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبقى فضلا فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك فيه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحبه العقد وكذا لو باع عبدا بألف درهم وفي البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى التعارف لما قلنا بخلاف مسألة المراجعة فانه يصير تولية في القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المراجعة فكان ابطاله أصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشتري يمكن تصحيحه أيضا بصرف الالف ومائة اليه أو الالف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة في مسألة الكتاب أيضا فانه يجوز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه أقل تغييرا فكان أولى والثالثة أضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذا المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط تصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفي الابتدأ متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الأصل في هذا الباب ان أحد البديلين يجب قسمته على البديل الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق وجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت أحاده فالقسمة على الاجزاء وان كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال (واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها او الدينار بالدرهم تصحبا للعقد على ما بينا قال (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) يعني يجوز بيعهما لانهم ما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة هي الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرد به بيت المال وتأخذ التجار ولا تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة قال (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقه ودفع

أحدهما اه (قوله وفي الرابعة) أي وهي ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب واقترا من غير قبض اه (قوله بدونه) أي بدون الصرف الى الجنس اه (قوله لا غير) أي لان القسمة انما تطلب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز أن يقسم قسمة تبطل العقد اه (قوله وقيل هو ما يرد به بيت المال) يعني يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل لكونها مقطعا اه غاية (ولاتنافي الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال قوله الغلة ما يرد به بيت المال ينافي قوله درهم صحيح لان الذي يرد به بيت المال زبوف فلا يقال لضده صحيح بل يقال جباة فأجاب بما ذكره ويؤيد ما ذكره في الايضاح بذكره أن يرد غلة ليرد عليه صحيحا فأفهم ان الغلة هم المقطعة والله أعلم (قوله في المتن ودينار بعشرة الخ) اعلم ان ههنا ثلاثة فصول الاول ما اذا باع الدينار بعشرة مطلقه والثاني أن يضيف الى الدين بأن يبيع

الدينار بالعشرة التي عليه والثالث يبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث ثلثي الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوبا بعشرة
 قيتقاصان والاول والثاني مذكوران في المتن والثالث سيد كرم الشارح رحمه الله انتهى (قوله اما اذا قابل الدينار بالعشرة الى آخره)
 قال الاتقاني رحمه الله اما اذا اضاف الى الدين صبح بالاجاع وتسقط العشرة عن دعة من هي عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما في
 البلب ان هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالي بالكالي ويشترط قبض الآخر احترازا عن
 الربا وذلك لان قبض أحد البديلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم يتقدأ لاخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين في معنى التاوى
 فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبه وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث سلمته فلم يبق خطر
 الهلاك وتحققه أن تعين البذل ١٤٠ الآخر انما كان احترازا عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع

الخطر في عاقبته ولهذا قلنا
 ان الدين بالدين حرام ومع
 هذا لو صار فادراهم دين
 بدنانير دين صح لقوات
 معنى الخطر في دين يسقط
 بخلاف ما اذا لم يكن لكل
 واحد منهما على الآخر دين
 حتى تصار فادراهم دين
 بدنانير دين لم يصح انتهى
 (قوله لانه يكون استبدالا
 ببذل الصرف) أي قبل
 القبض ولهذا لم تجز هذه
 المقاصة بلا تراض ولهذا لو
 أخذ مكان الدراهم دنانير أو
 عرضا لا يجوز انتهى اتقاني
 (قوله قسبت الاضافة
 اقتضاء) وأبي ذلك زفر لانه
 لا يقول بالاقتضاء وخالفنا
 في ذلك كما خالفنا في قوله
 اعتق عبدا عنى بالف
 درهم انتهى غاية (قوله
 وقيل لا يجوز التقاص بدين
 حاد) قال الاتقاني رحمه الله
 وأما اذا حدث الدين بعد
 بيع الدينار بالعشرة بأن باع

الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أي يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين
 فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة
 بالعشرة فكلاهما جائزا ما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه ابتداء فلانه جعل غنه دراهم لا يجب
 قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جازا جماعا لان تعيين أحد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن
 الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وانما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته
 بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم أن السلم يبين أن الذي على خطر التوى
 فيتحقق الفضل ألا ترى انهما لو صار فادراهم دين بدنانير دين يصح لقوات الخطر لكون كل واحد منهما
 ثابتا قبل البيع ويسقط بالبيع وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمدكور هنا استحسان والقياس
 أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببذل الصرف لان الذي وجب عليه بالصرف غير الذي
 كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذي كان عليه
 لا يجب قبضه فكأنما غيرين ألا ترى أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد
 ذلك استبدالا ببذل الصرف لانه أخذ ما في ذمته بدل ما وجبه عليه من غن الدينار فلا يجوز ولهذا
 لا يجوز في رأس مال السلم وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر
 غير الاول مضاعفا الى العشرة الدين اذ لو لا ذلك لكان استبدالا ببذل الصرف قسبت الاضافة اقتضاء
 كالتوبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسائة فان البيع الاول ينسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا
 هذا ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص
 بدين حاد بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذي يتضمن
 الفسخ للصرف الاول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك
 الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله
 قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير
 افتراقا عن دين بدين وهو منهي عنه ولان جواز السلم يخالف للقياس رخصة وهو أخذ عاجل بأجل
 للضرورة فاذا لم يقتض شيئا فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين
 الذي على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف قال (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى
 لا يصح بيع الخالص منها ولا يبيع بعضها ببعض الامساوياوزنا) ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا

مشتري الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة في المجلس لانها
 ففيه روايتان في رواية أبي حفص لا يجوز واختره شمس الأئمة السرخسي وقاضيان وفي رواية أبي سليمان تجوز المقاصة واختره
 نفع الاسلام والصدرا الشهيد والزاهد والعنابي وجه رواية أبي حفص أن النبي صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة في حديث ابن عمر في دين
 سابق لا لاحق وجه رواية أبي سليمان أن العقد الاول ينسخ اقتضاء تحكيم الما قصد وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه
 والمسئلة في كتاب الصرف قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري أو غصب
 منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض انتهى اتقاني (قوله ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين الى آخره) ولا
 ينافي هذا ما تقدم أنه لو سلم دين على المسلم اليه جاز السلم انتهى (قوله ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) أي الا اذا اشترى بها ثوبا أو عرضا

لانهم لا يتناولون عن قليل غش اذ هما لا يطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيها خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والمخلوق فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردى والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار أصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليه ما حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما يذكرون من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى قال (وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والمناشير) لان العبرة للغالب في الشرع قال (فصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي بالمغشوش مثلها عدا أو وزنا لان الغش من ككل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي في الاخر فلا يضر اتفاضل فيهما لاختلاف الجنس وبشروط التقابض قبل الاقتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط في الغش أيضا لانه لا يميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وتوب بدرهم وتوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثلها والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر بالفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كانه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حال من حيث اللون وما لا بالاذابة فان الذهب والفضة بخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من التصاب في الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق أو يهلك ولا لون له في الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه حكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب الذي فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزنًا للربا ومشايخنا رجعهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدالي وان كان الغالب فيها الغش لانها أعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيع التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال (والتبايع والاستقراض غير روج عددا أو وزنا أو بهما) لان المعبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وان كانت تروج بهما فيكل واحد منهما قال (ولا يتعين بالتعيين لكونه أتمانا) يعني مادامت تروج لانها بالاصطلاح صارت أتمانا فمادام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل التسمية لقيام المقضى قال (ويتعين بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقضى للتسمية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت أتمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى أصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جبال تتعلق حقه بالجبال لوجود الرضا بها في الاولى ولعدمها في الثانية قال (والتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعني الذي استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض حكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالخطة في سفلها الا أن يشير اليها في المبايع فيكون بيان قدرها ووصفها كما لو أشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بها كها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ممن فلم تتعين وفي الصرف حكمه حكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه

انتهى غاية (قوله في المتن وغالب الغش ليس في حكم الدراهم الى آخره) اعلم أن الكرخي يسمى هذا النوع المستوق فقال المستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب فاذا كان الصفر أو النحاس هو الغالب كانت في حكم الصفر أو النحاس حتى لا تباع بالصفر أو النحاس الامثلا بمثل يد بيد ولكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس تجوز بالعقد ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما اشترط القبض في الفضة اشترط في الصفر أو النحاس أيضا لان في تعيينه مضرة انتهى اتقاني (قوله وان كان يأخذها الى الخ) فان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كلز يوف والابتعلق العقد بعينها بل بجنسها زوفا اه (قوله ولعدمه) الذي بخط الشارح ولعدمها اه (قوله في المتن والتساوي الخ) قال في التخصة وان كان الغش مع الفضة سواء فيكون حكمه حكم الفضة في أنه لا يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه بمجازفة وعددا واذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع يراعى فيه طريق

الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بازاء الفضة وزنا والزيادة بازاء الغش وان كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش أو مثلها أو لا يدري لا يجوز لما فيه من الربا اه اتقاني

(قوله في المتن وكسدا الخ) قال الكمال وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أو انقطعت فلوم تكسدا ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فاليبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطلب بالف بذلك العيار الذي كان وقت البيع اه قال في الاشارات اذا اشترى شيئا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لفرز وقال في شرح الطحاوي ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جازا اليبيع لانهما افترقا عن عين دين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه يتظر ان كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض يبطل البيع استحصانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ما وقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسحالا ان كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خسين ثم كسدت الفلوس قبل ان يتقد النصف الآخر يبطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اه اتقاني (قوله يبطل البيع) ليس على حقيقته بل المراد بالبطان الفساد ١٤٣ اه (قوله وعلى هذا اذا باع شيئا بالدرهم إلى آخره) لما ذكر المصنف حكم

الاختيار ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كالوجع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط وفي فتاوى قاضيان ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكرهنا وجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطا قال (ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئا وكسدت بطل البيع) أي لو اشترى بالدرهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جازا اليبيع لقيام الاصطلاح على التمنية ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن أيدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئا بالدرهم ثم كسدت أو انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قائما والافضل ان كان من ذوات الامثال والافقمة وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على التمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعد الكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالراج فصار كالمشتري شيئا بالرطب ثم انقطع عن أيدي الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند أبي يوسف لان الثمر صار مضمونا به كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس به لانه يوم الانتقال إلى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم إلى أن ينقطع فاذا انقطع انتقل إلى القيمة لتعذر قيمته يومئذ ولا يحنيفة أن التمنية بالاصطلاح فتبطل التمنية لزوال الموجب والمقتضى لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال

الدرهم التي غلب عليها الغش اذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدرهم الجيدة اه (قوله وانقطعت عن أيدي الناس) قال الكمال وان لم يكن أي المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا اه (فرع) نقل في الخلاصة عن المحيط دلال باع متاعا غير باذنه بدرهم معلومة واستوفى الدرهم فقبل ان يدفع إلى صاحب المتاع كسدت الدرهم لا يفسد البيع لان حق القبض له اه غاية (قوله

والافقمة) أي كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اه غاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل) قال الاتقاني ان وجه قوله ما أن الكساد لا يوجب لفساد لان غاية ما في الباب أن التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد اه (قوله ثم انقطع عن أيدي الناس) أي لا يبطل البيع اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الآتية فكذا هذا اه فتح (قوله لكن يعتبر قيمته يوم البيع) قال الكمال قال في الذخيرة وعليه الفتوى اه (قوله وعند محمد يعتبر يوم الكساد) قال في التحفة وهذا كالاخذ لافي بينهما فمن غصب مثليا وانقطع قال أبو يوسف يجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اه غاية وكتب على قوله وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد مانصه قال الكمال وقال محمد وعليه قيمته آخر ما يتعامل الناس به وهو يوم الانقطاع لانه وان الانتقال إلى القيمة وفي المحيط والتمة والحقائق وبه يفتى رفقا بالناس اه (قوله فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل) المراد منه الفساد أيضا لذاته أنه بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه بكون البيع فاسدا كما ذكرنا من فرشتاني أول فصل البيع الفاسد نقلنا عن الايضاح وقال في الكثر في باب التحالف مانصه اختلاف في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهننا فثبت الزيادة وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدئ بيمين المشتري وفسخ القاضي بطلب أحدهما قال الشارح لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بئمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بئمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اه فهذا من مرجح بأن

البيع بلائع فاسد لا باطل اذا قسح يستدعي وجود العقد وهو معدوم في الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق وعبارة الاشوات التي نقلتها عند قوله في المتن كساد الخ تؤيد ما قلته اه (قوله وحده الكساد الخ) قال في الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور في البيوع انها لا تروج في جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد في بلدة واحدة يكنى في فساد البيع في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لأنه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا ولو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفي العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه حينئذ يصيرها لكما ويبقى البيع بلائع فأما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقصد الذي وقع عليه العقد وان شاء أخذ قيمة ذلك الدنانير اه اتقاني (قوله في المتن وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) قال أبو الحسن الكرخي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الفلاس والدراهم والدنانير أثمان الأشياء لا تعين في البيع وان شرط المتبايعان أعيانها ١٤٣ ويكون ما أوجب لكل منهما في العقد على نفسه ديناً في

ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين ان شاء أعطى العين وان شاء أعطى مثله وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البائع دون المشتري قال القدروي في شرحه وذلك لان الفلاس النافقة لا فائدة في تعيينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين فالعاقبة بالخيار ان شاء سلم ما أشار اليه وان شاء سلم عينها وان هلك لم يفسخ العقد بها كماله لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة لانها مبيعة فالبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم

إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالباً في العام القابل فلم يكن هلاكاً من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وأمثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسدرجع الى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى أصله قلما يزول وحده الكساد ان تترك المعاملة بها في جميع البلاد فان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم تروج في بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحده الانقطاع أن لا يوجد في السوق وان كان موجوداً في يد المصارفة وفي البيوت قال (وصح البيع بالفلاس النافقة وان لم يعين) لانها أموال معلومة صارت غنماً بالاصطلاح بجازم البيع ووجب في الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تعين لانها صارت غنماً باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب وصفه كما في الدراهم ويجوز أن يكون لتعليق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بإبطاله بان يقول أردناه لتعليق الحكم بعينها حينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلان بفلسين باعناهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحرر الجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا يتأتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال (وبالكاسدة لا حتى يعينها) أي اذا باع بالفلاس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقال لا يجب عليه رد قيمتها لانه تعدد ردّها كما قبضها لان المقبوض عن المردود ليس بمن ففادت المائلة فتجب القيمة كالأستقرض مثلاً فانقطع عن أيدي الناس لكن عند أبي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أظرف في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا

يتعين اه اتقاني وكتب على قوله النافقة مائنه النافقة الرائجة اه اتقاني (قوله في المتن ولو كسدت الخ) وانما قيد بالكساد احترازاً عن الرخص والغلام لان الامام الاسمي يذكر في شرح الطحاوي وأجمعوا ان الفلاس اذا لم تكسد ولكن غلّت قيمتها أو رخصت فعليها مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طبرية أو زبدية أو فلو ساقى الحال التي تنفق فيها ثم كسدت فان بشرى الوليد قال سمعت أبا يوسف قال عليه في قياس قول أبي حنيفة مثلها ولست أروى ذلك عنه ولكن الرواية في الفلاس اذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخي لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلاس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشرى وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اه اتقاني (قوله في المتن أفس) والفلاس الذي يتعامل به جمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلو اس اه مصباح (قوله وكذا في حق) أي وكذا قول محمد أظرف في حق المقرض أيضاً الخ اه

(قوله وقول أبي يوسف أسير) قال في الهداية وقول محمد بن أبي حنيفة قال الاتقاني أي لحساب المقرض والمستقرض وهذا لان على قول أبي حنيفة يجب رد المثل وهو كسده وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ولا شك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد بن أبي حنيفة ما جيعا اه (قوله معلومة) أي المقرض والمستقرض وسائر الناس اه غاية (قوله ويوم الكساد لا تعرف) أي تشبه على الناس ويختلفون فيها اه غاية (قوله وعند أبي يوسف يوم الغصب) والذي يحفظ الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اه (قوله في المتن ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) قال في الهداية ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس قال الاتقاني رحمه الله هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدائق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكر الخلاف في المختلف والمختصر وغيرهما ١٤٤ وجه قول زفر أن الفلوس تعتبر بالعدد وتقديره لا بالدائق والدرهم

فاذا لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولان العقد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس يكون شرط صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا أن كلامنا فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدائق من الفلوس معلوما عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدائق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كانه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولا نسلم أن العقد وقع على الدائق والدرهم بل وقع على الفلوس لانه أوضحه لفظ الفلوس والفلوس

في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف أسير لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بخرج ولا يبي حنيفة أن المقرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برذمته والثنية زيادة فيه لان حصة المقرض لا تعتمد الثنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقراره بعد الكساد وصح استقرار ما ليس بثمن كالخوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرجوع كذا العين المغصوبة والمقرض كالغصب اذ هو مضمون بثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كل رطب مثلا ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالاجاع لكن عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لا يجاب القيمة والعدل عن العين بل يجاب العين أولى لانه أعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله (ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلاث درهم أو بربعة أو بدائق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه يبيع بما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز أما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز بقيمة غيره أولى فصار تطير ما لو باع جارية بقيمة عبد وأما الثاني فلان الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطى بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى التزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى التزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال أبو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس فلما أن غنع قال رحمه الله (ومن أعطى صير فيا درهم ما فقال أعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا لاجبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم

فلوس

تستعمل في الكسور صونا للدرهم عن الكسور وذكر الدائق لتقدير الفلوس

الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على الدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس شرط صفقة فلا يجوز اه (قوله ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز) قال في الهداية ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لان ما يباع من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبيعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم والواو قول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا اه وكتب على قوله في ديارنا ما نصه عموما انهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد هذه المسئلة وهي شراء الفا كهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جهة الاثمان والصرف نوع يبيع يقع في الاثمان اه اتقاني (قوله في المتن نصف درهم فلوسا) بالنصب على أنه صفقة للنصف في قوله نصف درهم ويجوز جرمه على أنه صفقة لدرهم أي درهم هو فلوس اه اتقاني بالمعنى

(قوله ونصف درهم الاحبة من الفضة) أي جاز ذلك لأن الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلوس ونصف درهم الاحبة فلوصرح بهذا جاز فكذا إذا ذكر ما هو معناه فكان النصف الاحبة بازائه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقي من الدرهم قال في الاصل ولو شرطه فقال أعطني كذا كذا فلوسا ودرهما صغيرا ووزنه نصف درهم الاقراطا كان هذا جازا كله إذا تقابضا قبل أن يفترقا اه اتقاني (قوله حتى لو قال أعطني بنصفه) قال في الهداية ولو كرر لفظة الاعطاء كان جوابه بجوابهما لانهما يباعان قال الاتقاني رحمه الله ذكر هذا تفريعا على ما تقدم (١٤٥) وفيه نظرات يفهم من هذا الجواب أن قول أبي حنيفة كقولهما إذا كرر لفظ الاعطاء بأن يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فان محمد اذ كرر في كتاب الصرف من الاصل وقال وإذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال أعطني بنصفه كذا كذا فلوسا وأعطني بنصفه الباقي درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة فان هذا فاسد لانه صرف نصفه بنصف الحبة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة فانما فسد بعضها فسد كلها وفي قول أبي يوسف الفلوس جائزة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الاحبة باطل الى هنا لفظ محمد في الاصل فقد صرح أن الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما يباعان اه (قوله جاز في الفلوس الخ) أي لان العقد تفرق بشكرار

فلوس ونصف درهم الاحبة من الفضة فيكون نصف درهم الاحبة بمقابل الفضة ونصف درهم وحنة بمقابل الفلوس ولو قال أعطني بنصفه فلوسا ونصفه نصف الاحبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر الفساد وعند يفسد وأصل الخلاف أن العقد يشكر ركنه بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطني بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصف الاحبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع وقدمي نظيره فيما اذا جمع بين شرا وعبد ونحوه ثم ان اقرقا في هذه المسئلة قبل أن يقبض الفلوس والنصف الاحبة بطل في النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد اقرقا قبل قبض أحد البديلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد فيها بيع فيكفي قبض أحد البديلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى اقرقا بطل في الكل لانهما اقرقا عن دين بدين فثبت بجمع ما مضى أن الاموال أنواع فوع عن كل حال كالنقدين صبه الباء ولا قول بل يحسنه أو يغير جنسه وفوع مبيع بكل حال كالتياب والفلوس والعبيد وفوع عن من وجه مبيع من وجه كالكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصبه الباء وقول بالمبيع فهو عن وفوع عن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رائجا كان ثمنًا وان كان كاسدا فهو سلعة ثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينًا في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنًا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا أخرى فكان ثمنًا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قول بخلاف جنسه فان كان البذلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالخنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالخنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالتياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البديلين دون الاخر كيلا يكون كالثا بكالي والله أعلم

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا

(١٩ - زيلعي رابع) الاعطاء كذا قالوا لكن فيه اشكال لان قوله أعطني مساومة كقوله يعني وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يشكر ركنه ولعل الوجه أن يقال بشكرار أعطني بدل على أن مقصوده تريق العقد فعمل على انهما عقدا عقدين اه ابن فرشتا (قوله وبطل في الفضة بالاجماع) أي لتكرار لفظ أعطني اه (قوله ومن شرطهما) أي المبيع والثمن اه

كتاب الكفالة

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا في البياعات ولان في الكفالة اذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء تناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة اه اتقاني قال البكال رحمه الله وأورد الكفالة عقيب البيوع لان غالبا يكون قصدها في

الوجود عقيب البيع فإنه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أولا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققه في الوجود غالباً بعد ما أوردناها في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لم تقدم الصرف لانهم من أبواب البيع السابق على الكفالة فازمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطالب الخائف على نفسه حيث كفيامونة ما أهمهما وقرحاشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التسيدي يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان آناح لها ذلك وسمى نياذى الكفل لما كفل جماعة من الانبياء الملك أراد قتلهم اه (قوله والاول اسح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد الفين أى على القول بأنه ضم ذمة الى ذمة في الدين (١٤٦) كاذ كره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة

الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب براءة حق الطالب لأن (١) (قوله وفي الغاصب الخ) قال الولوالجي رجل غصب من رجل مالا فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالتفتار أن المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يبرأ الثاني وان ضمن الثاني برئ الاول اه ذكره في الغصب (قوله ووركتها الايجاب) قال الاتقاني وركتها ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافاً لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على

وكافل النبي كهاقين في الجنة أى ضام القيمة الى نفسه قال رحمه الله (هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) هذا في الشرع وقيل هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بإبقاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا ألا ترى انك لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبه الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذلك لو اشترى الطالب بالدين شيئاً من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا لمن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما أن يتكررا الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاءه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من أحدهما أهما ما شاء والاول أصح لانه يستحيل أن يجبر دينان ولا يستوفي الا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأ البائع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بدين على عبده المأذون أو يبيعه عند طلب الغرماء يبيعه ولا دين عليه فإذا أمكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيئاً فينتد بقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الدين واحد على أحدهما غير عين فلهذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التملك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق بالتوثيق بتكثير محل المطالبة أو تيسير وصول حقه اليه وركتها الايجاب والقبول عندهما خلافاً لابي يوسف آخر شرطها أن يكون الدين بأشياء صحيها بخلاف بدل الكتابة على ما يجي في موضعه وأن يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح عن ليعاك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير

الكفيل بما على الاصيل وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل اه وكتب مانصه قال الكمال وأما ركنها وكذا فلا ايجاب والقبول باللفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على اجازة الطالب أو تصح نافذاً والطالب حق الرتوفائة الخلاف انما تطهر فيما انما مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل اه (قوله وشرطها الخ) ومن شرطها أيضاً أن يكون الدين صحيحاً سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور لانه يطالب بعد العتق اه غاية وكتب مانصه قال في البدائع ومنه الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجوراً كان أو مأذوناً في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون إذن مولاه ولكنها عقد حتى يؤخذ به بعد العتاق لان إعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اه (قوله كالعبد المأذون له في التجارة) قال الشيخ كمال الدين فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون اه

(١) هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى اه مصححه

(قوله وقال الشافعي لا تجوز الخ) قال الكمال ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انه بائنة كقولنا اه (قوله فلا يتناول الحديث) واجب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزم مما يضره والغرام اللازم ذكره في الجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد ثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بجماع عموم الحاجة اليها احياء للعقوق (١٤٧) مع الإيجاب والقبول والشرائط اه

(قوله وفيه) أي الضرر موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم باحضاره فيتضرر به اه (قوله في المتن بكفلت بنفسه الخ) شروع في ذكر اللفاظ التي ثبتت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كقلت وضمت وزعيم وقبيل وجيل وعلى وإلى ولك عندي هذا الرجل وعلى أن أوافيك به أو على أن ألقاك به أو دعه إلى وجيل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به جملة بفتح العين في الماضي وكسرهما في المضارع وروى في الفائق الجيل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضما وكسرهما في المضارع ثم هذه اللفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كقلت أو أناجيل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه

وكذا لا يصح من المريض الامن الثلث لانه لا يملك التبرع بأكثر منه وأنواعها في الامن نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالدين فتجوز مطلقة اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة بأعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالبيع فان الكفالة بها لا تصح وتسليمها تصح وألفاظها مذكورة في المتن قال رحمه الله (وتصح بالنفس وان تعددت) أي وان تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفولة بها أيضا كما تجوز بالدين الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرته على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره لانه لا ينقذه ولا يلتزم طاعته وكذا اذا كان بأمره لان أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله فالنفس أولى فصار كالو باع طير أو الهوا بمخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الأمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غار من غير فصل بين الكفالة بالنفس أو بالمال فيقتضي شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احياء حقوق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلم مكانه فضلي بينه وبينه اذا التخلية تسليم أو يوافقه اذا اعتاه أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزام ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعي عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا ادعى أن الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا إلى الله ورسوله لآية وانهم يستحقون ذلك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس على حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة ألا ترى أنه اذا التزم ألف حجة بالندب يصح ويلزمه وان لم يأت منه حجة بقصر عمر عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة أيضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل العدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذا المقصود منها التوثيق فلا تنافي قال رحمه الله (بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجز مشائع) أي تصح الكفالة بقوله كقلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه إلى آخره أو تكفل بجز مشائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد ينما في الطلاق قال رحمه الله

أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفا ولغة ومجازا كهو رأس ويحرق رقبته وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البخاري رحمه الله لا يصح كافي الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذا العين بما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك اه كمال رحمه الله (قوله أو بربعه) أي أو بجز منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تجزأ إذ كبر بعضها شائعا كذا كر كلها اه كمال رحمه الله وقوله لا تجزأ بأن يكون بعضها كفيلا وبعضها لا اه

(قوله في المتن وبضمنته) قال الكمال رحمه الله ووجه ضمنته بأنه تصریح بموجبه لأن موجب الكفالة لزوم الضمان في المال في أكثر الصور اهـ ومقتضاه أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس وقد تبع الكمال في هذا تليذه العلامة قاسم فقال عند قول صاحب الجمع وقوله ضمنته هذه في الكفالة بالمال فينبغي الاقصاص لتلايتهم فيها في النفس اهـ واعلم أني قد راجعت بعون الله نقولا كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم يصرح بأن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسقي في كافيته وبعضهم في قوة الصريح فانهم يذكرونها في الكفالة لا بالنفس في الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها في ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق لكن قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله في شرح القدوري عند قوله في الكفالة بالنفس وكذلك ان قال ضمنته أو هو على أو إلى أو أنا زعيم به أو قبيل وإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان (١٤٨) بها فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اهـ وينبغي أن يقال هذه الألفاظ

إذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس وإذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتخصص حيث تدل الكفالة به (قوله في المتن لا أنا ضامن لمعرفته) أي وكذا معرفته وكذا أنا ضامن على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزم لأنه مصدر متعدي لاثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فإنه لا يقتضي الا معرفة الكفيل للطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أباسلميان الجوزجاني عن رجل قال لا أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أَمَا في قول أبي حنيفة وأبي بكر لا يلزمه شيء أو أما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو

(وبضمنته) أي تصح بقوله ضمنته لك لأنه تصریح بمقتضى الكفالة لأنه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينقذ بالتصریح بموجبه كعقد البيع ينقذ بلفظ التملك قال رحمه الله (وبعلى) يعني تصح بقوله على لأن كلمة على للوجوب قال الله تعالى والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا قال رحمه الله (والى) لأنها بمعنى على في هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام من ترك كلاً أو عيالاً قال رحمه الله (وأنا زعيم به) لأن الكفيل يسمى زعيماً قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا زعيم أي كفيل قال رحمه الله (وقبيل به) لأن القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لأنه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله (لا أنا ضامن لمعرفته) أي لا يصير كفيلاً بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامناً للعرف لأنهم يريدون به الكفالة وجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالة عليه أو قال أوقفك عليه قال رحمه الله (فإن شرط تسليمه في وقت بعينه أحضره فيه أن طلبه) لأنه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به إن طلبه في ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل قال رحمه الله (فإن أحضره والا حبسه الحاكم) لا متناعه عن إيقاع ما وجب عليه ولكن لا يحبس أول مرة لاحتمال أنه ما عرف لما نادى به فيمهل حتى يظهر له مظهره لأنه جراء الظلم وهو ليس بنظام قبل الماطلة قال العبد الفقير ينبغي أن يفصل كما فصل في الحبس بالدين فإنه هناك قبيل إذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جراء الماطلة فلم يظهر بأول الوهلة وان ثبت بالبينه حبسه كما وجب لظهور مظهره بالانكار فكذا هنا ينبغي أن يفصل على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا إلى الايضاح وهذا إذا لم يظهر عجزه وأما إذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه إلا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلزمه وبطلانه ولا يحول بينه وبين أشغاله جعله كالفلس بالدين إذا ثبت بالاقرار أو بالبينه قال رحمه الله (وان غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه) أي ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبس له لأنه لم يظهر مظهره بعد والحبس للماطلة قال رحمه الله (فإن مضى ولم يحضره حبسه) أي إذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لأنه لم يظهر مظهره والحبس جراءه قال رحمه الله (وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لأنه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالدين إذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف يتطرق أن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للنجاة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو

البيت في النوازل هذا القول في النوازل غير مشهور واطاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد في خزانة الواقعات وبه يفتى وهو أي بظاهر الرواية لكن نص في المتن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوى النسقي لو قال الذي لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه إليك أو قبضه لا يكون كفالة ما لم يشكك بميلد على الالتزام وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا فاه منجزاً فلو لم يعلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم تؤد فانا أؤدى تطير في النذر لو قال أنا أج لا يلزمه شيء ولو قال ان دخلت الدار فانا أج يلزمه الحج اهـ كمال رحمه الله (قوله قال الفقير الخ) هذا يؤهم أنه من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن علماء تناقذ ذكره مشراح الأصل اهـ (قوله فلا معنى لحبسه) كما إذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل اهـ فتح (قوله في المتن وان غاب) أي وعلم مكانه (قوله ولم يحضره حبسه) أي إلى أن يظهر للقاضي تعذراً لاحتضاره عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر

وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويجب على القاضي الى أن يظهر
عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان أقام الطالب بينة
انه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتباراً بالثابت بالبينة بالثابت
معينة وكذا الوارد في الحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال
بعد الحق بدار الحرب صار كاللوق ولهنا يقسم ماله بين ورثته فينبغي أن يبرأ الكفيل كالأموال حقيقة
لأننا نقول هذا ليس كونه حقيقة وانما هو موت حكيم في حق قسمة ماله بين ورثته فأما في حق نفسه
فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقي الكفيل على كفالته هكذا ذكره
في النهاية معزياً الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا الحق بدار الحرب مرتداً يتظر فان كان الكفيل
قادراً على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة ان من الحق بهم مرتداً يردونه اليه اذا طلبنا عهده الكفيل
قد ردها به ومجيئه وان لم يكن قادراً لا يؤاخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه الطالب أن
يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الا خرف فيضيع حقه قال رحمه الله (فان سلمه بحيث
يقدر المكفول له أن يخاصمه كصبري) لانه أنى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل
مقصود الطالب أيضاً بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصارت تطير ما لو تكفل بمثل وقضاء سواء كان
التسليم غير مشروط في وقت أو كان مشروطاً فيه فسلمه في ذلك الوقت أو قبله لان الاجل حق الكفيل فله
أن يسقطه كالدين المؤجل اذا قضا قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله أن يسقطه
ثم التسليم يكون بالتولية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأت أعلم بشأته فذ
ان شئت ثم لا يخلو ما أن يسلمه بعد طلبه أولاً فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة
لانه يتضمن إعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه
الله (ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمة) لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه
فان سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه
يفي في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في بركة أو في سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته
في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه في مصر
آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره
مجلس القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو أن يسلمه في مصر كفل
فيه وهو ممة لا احتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضي ذلك المصر حادثة فلا يبرأ الا بالتسليم فيه
قلنا الاحتمال مشترك فانه محتمل أن يكون شهوده في ذلك المصر وكذا محتمل أن يكون قاضي ذلك المصر
يعلم حادثة فتعارض الموهومان فبقي التسليم للمانع المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف جهة وبرهان فأبو حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا
يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصره ومصر آخرهما فالذلك بعد ما ظهر
الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره
أسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من
احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيده في الحبوس قال رحمه الله (وتبطل بعموت المطلوب
والكفيل لا الطالب) يعني الكفالة تبطل بعموت المكفول بنفسه وعموت الكفيل ولا تبطل بعموت المكفول
له لان المطلوب بعموته برئ هو بنفسه وبراهنه توجب براءة الكفيل لانه أصيل والكفيل تبع فانا عجز عن
الحضور بالموت سقط عنه فكنا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه ورثته
لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لبقاء هذا الحق وهو احضار المكفول به
بخلاف الكفيل بالمال اذ امان لان ماله صالح له وحكمه بعدموته ممكن فيوفي من ماله ثم يرجع الى الورثة

ولم يفصل في المذهب بين
المسافة البعيدة والقريبة
والشافعي فيما اذا كانت
مسافة القصر وجهان
أظهرهما لا يسقط الطلب
كأى دونها والثاني يسقط
الحاقاً بالغيبة المنقطعة اه
(قوله مواعدة) أى مواعدة
اه وبه عبر الكاكي وقوله
مواعدة كذا بخط الشارح
رحمه الله (قوله في المتن
ولو شرط تسليمه في مجلس
القاضي الخ) ولو شرط أن
يدفع اليه عند الامير فدفعت
عند القاضي أو عزل ذلك
الوالي وولى غيره فدفعت اليه
عند الثاني جاز اه غاية
نقلا عن الخلاصة (قوله
لا ثبات حقوقه) قال الكمال
وقوله ما أوجه اه (قوله
ولا يفيد في الحبوس) نقل
في الفتاوى الصغرى عن
كفالة العيون اذا
ضمن لا خرب نفسه فحبس
المطلوب فأقضى به الذي ضمنه
الى مجلس القاضي فدفعه
قال محمد لا يبرأ لانه في
السجن وان كان انما ضمنه
بنفسه وهو في السجن فدفعه
اليه في السجن يبرأ وان
كان ضمنه في السجن ثم خلى
عنه ثم حبس ثانياً فدفعه
اليه قال ان كان الحبس
الثاني في أمر من أمور
التجارة أو نحوها فله أن يدفع
اليه في الحبس وان كان في
شيء آخر من أمور السلطان
لا يبرأ اه غاية

(قوله المكفول له) كذا بخط الشارح وصوابه المكفول عنه اه (قوله اثم موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه) أي كالغاصب يرد العين المغصوبة الى المتعصب منه يبرأ بمجرد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لأنه لم يوجد منه الجناية وكسبوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف وكل الاستناع (١٥٠) يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجب اه غايه (قوله اذا لم يقل من كفاله) أي

على المكفول له ان كانت الكفالة بامر والافلاشي لهم كما اذا أدى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب بخلفه وصيه أو وارثه فلا يبطل حقه اذ هم قاعون مقامه في استيفائه قال رحمه الله (وبرئ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فابري) لان موجب التسليم البراءة فثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان يطلبه فينشذ لا يحتاج فيه الى أن ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا أقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر أنه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة أو قيمتها وكلدين اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه أجنبي فصار تطير قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله (وبتسليم المطلوب نفسه من كفاله وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه أن يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفله وشرط براءته أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فإنه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفاله شرط أن يكون التسليم من كفاله فهذا دليل على أنه لا يبرأ اذا لم يقل من كفاله نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضخان ولو سلمه اليه رجل أجنبي بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبل الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضخان في فتاواه قال رحمه الله (فان قال ان لم أوافق به غدا فهو ضامن لماعليه فلم يوافق به أو مات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافقة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنقضي بوجودها الا ترى أنه لو كفلهما جلة في وقت واحد صحت ولو تناقيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس أخرى أو بمال آخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد يناقوه من قبل وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا أن الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع وغيره وباب الكفالة أوسع لكونها من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامر وتشته النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلتشبهه بالبيع ينبغي أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلا وباعتبار النذر وجب أن يجوز بطلاق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف ولا نسلم أنه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافقة ولم يوافق به مع قدرته أو لم يجزه بموته أو يجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافقة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة

لانه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اه غايه (قوله في المتن فان قال ان لم أوافق به غدا الخ) ولو قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ووافاه لم يلزمه المال اه صغرى في الوكالة وكتب عليه أيضا مانصه لان المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافقة لا تعليقها بالموافاة اه (قوله فهو ضامن لماعليه) انما قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يوافق به الى وقت كذا فعليه كذا لانصح الكفالة عند محمد وسيجيء اه غايه (قوله لان الكفالة بالمال الخ) لانه اذا أدى المال برئ عن أحد الضمانين فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه احضاره لعدم المناقاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه دينا آخر فلا جرم أنه وجب الاحضار اه غايه (قوله وهذا هو القياس) قال الاتقاني ولنا قوله تعالى ولمن جاءه حل بعير وأتابه زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجيء بالصاع فسلم أن تعليق

الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا نلزمنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث) مستحقة أي انها معاوضة انتهاء الا ترى الخ اه (قوله وباعتبار النذر وجب) أي اذا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلام فلا وجب عليه أن يتصدق بها اه بدائع (قوله والتعليق بعدم الموافقة متعارف) أي بين الناس لانها لكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق وفي الكفالة بالمال ذلك فصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اه اتقاني رحمه الله

(قوله ولا فرق بين أن يبين المائة أولم يبينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية معنى المسئلة رجل قدم رجلا إلى القاضي وأدعى عليه مائة دينار وبينها بان قال ركنية أو نيسابورية أو لم يبينها بان ادعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا وفي جامع شمس الأئمة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها أولم يبينها أي وبين مقدار المدعى به أو لم يبين مقدار المدعى به وكذا في جامع قاضيان اه (قوله بخاطر) هو عدم الموافقة اه فتح (قوله عند عدم الموافقة به) وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس اه كمال (قوله وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر) ذكر الشيخ الإمام علاء الدين الأسدي في أول كتاب (١٥١) الكفالة من شرح كتاب الكافي أن

الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس ومادون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقال في الشامل أيضا في آخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه إلى قبايى ان كانت بينك حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي باعطائه لافي الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه

مستحقة عليه وموت المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافقته بعد ما برئ ألا ترى أن الطالب اذا أراءى الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا لا براء وضع للفسخ فتفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ ليجزئه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة إلى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريًا فيقدر بقدرها فيأقير أعن التسليم ولا ضرورة إلى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا يتفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر قاضيان في فتاواه أن وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه إلى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركه الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به إلى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أوف به غدا فعليه المائة فلم يوف به غدا فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخر ولا فرق بين أن يبين المائة أولم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم أوفك به غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعى وأثبت الزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه وله فيه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخاطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هدم رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافقة به فهذا واجب أن لا يصح وان يبين المدعى لان عدم النسبة اليه هو الذي أوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو أن المدعى لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره إلى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الأصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح أما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فنصرف إلى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعوى في غير مجلس القضاء فيصالحون بالاجال ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم إلى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه تصح والا فلا فيحمل عليه ثم يحجم التصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يوف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف قال رحمه الله (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حدود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر ولو صحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما أن الكفالة بالنفس

ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم قال أبو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يجبره حتى تقام عليه البينة أو يستوفي كذا ذكر في التصفية ثم لا يجبره القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيجبره القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شرطى الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول اه غاية (قوله ولو سمعت) أي لو تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالاجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اه غاية

(قوله وله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم مطلقا) رواه البيهقي من حديث عبد الله بن عمرو اه وكتب على قوله في حدم مطلقا يعني لم يفرق بين حلفه بحق العبد وبين حده هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام التي عليه الصلاة والسلام ذكره الخفاف في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولنا في رفعه نظر اه غاية (قوله ومنها ما) أي حد القذف والقصاص اه (قوله بنفس من عليه) أي إذا سمعت به نفسه اه (قوله فإذا لم يكفل عنده) أي عند أبي حنيفة اه (قوله لكن بأمره بالملازمة الخ) ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب لأنه محبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب اه (قوله بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس الخ) والحبس بالتهمة ذكره أيضا في أول باب (١٥٣) الحدود قال الكمال في باب الحدود وأما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم

رجلا بالتهمة فان خرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عزالدين مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضميعان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بغيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فأوجهاهم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال لا تخرأذهب فالتمس فلم يك الا يسير حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك

شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود والخالصة لأنها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجاعا لانه لا يمكن استيفاءه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حدم مطلقا ولان الكفالة للاستيفاق وميناهما على الدرة فالاجبار على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهات ولو أعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود والحق التمر ناشى حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وان جعل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعى يحتاج الى أن يجمع بين شهوده ومطالبة فربما يخفى المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى أحد فيها فلا تجوز الكفالة بها أصلا وان طابت بها نفسه وسمعت فإذا لم يكفل عنده يلازمه الى أن يقوم القاضي من مجلسه فان أقام البيئة فيها والاخلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن بأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار وإذا أراد دخول داره استأذنه فان أذنه دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر قال رحمه الله (ولا يحبس فيه سماع حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا تهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد ونفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو الاستيفاق بالكفالة قال رحمه الله (وبالمال ولو مجهولا اذا كان ديناً صحيحاً بكفلة عنه بالف وبمالك عليه وبعايد ركك في هذا البيع وما يابعت فلانا فعلى وما ذابك عليه فعلى وما غصبك فلانا فعلى) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروع في غيبة عنه عليه اجماع الامة وهي مبنية على

بارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتك في سبيله قال فقتل يوم القيمة اه ما قال الكمال (و) فرع يحفظ (و) التوسع الكفيل بأمر الاصيل اذا أتى المال الى الدائن بعدما أتى الاصيل ولم يعلم به لا يرجع على الاصيل لانه شئ حكى فلا يفرق فيه العلم والجهل كعزل الوكيل ضمنا فانه في القنية قبل باب الكفالة بالنفس اه (قوله لانه نهاية العقوبة فيه) وفي الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فجازا الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود اه غاية قوله ولو كان المكفول به الخ) وانما قيد بذكر المكفول به والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذابك على أحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لأحد من الناس فهو على فانه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتقاني وكتب أيضا مانصه قال ولو لوالجي ولو قال لرجل ما يابعت فلانا فهو على جاز ذلك ولزمه كله قليلا يابعه أو كثيرا مرة أو مرارا لانه ليس في هذه الكفالة الاجهالة المكفول به لانه لا يدري ما يابيع وهي لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول به معلوما اه

(قوله فانه ليس بدين صحيح) أي لان الدين الصحيح لا يسقط الا بالاداء والبراء اه غايه (قوله في المتن وطلب) كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطلب اه (قوله بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفاية) قال قاضيخان رحمه الله رجل له على رجل مال فقال الطالب للطالب أحلني بمالي عليك على فلان على أنك ضامن لذلك فهو جائز وله أن يأخذ المال من أي ماله شاء لانه لم يشترط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفاية لان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفاية اه ومن هذا يعلم حكم ما يقع في زمان من قول رب الدين للدين أحلني على فلان وضمن لي صحة الحوالة اه (قوله في المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملا) ثم قال في القنية في باب تعليق الكفالة بعد أن رقم لصاحب المحيط وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لا يصح وأطلق القسودري رحمه الله في مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الاقطع في شرحه اذا كان الشرط لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز تعليقها به (١٥٣) كقوله اذا استحق المبيع أو قدم زيد

لان الاستحقاق للوجوب وقدم زيد قد يسمل به الاداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضاربه وان كان الشرط بخلاف ذلك لم يجوز كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم رقم لشرح أبي ذر انما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق فاما دخول الدار وقدم زيد ليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله الا أن الاصح ما ذكره أبو نصر انه يصح بقدم زيد وقد نص عليه في تحفة الفقهاء اه (قوله كشرط) هذا هو الثابت في نسخ المتن وفي خط الشارح كشرط اه (قوله كان قدم زيد الخ) لان قدم المكفول عنه سبب الوصول الى الاداء اه (قوله كقوله ما غصبك فلان فعلى) وقال في الاجناس أيضا ولو قال ما قضى لك به على فلان فعلى انه لا يلزم

التوسع فيحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه أن يكون ديناً صحيحاً كما ذكرناه اذا لم يكن الدين صحيحاً كبذل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجرة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجباً القصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب على اسقاطه قال رحمه الله (وطالب الكفيل أو المديون الا اذا شرط البراءة فيئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفاية) أي الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذلك أن يطالبهما معاً لانه موجب الكفالة اذ هي تنبئ عن الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فيئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا أحال بشرط أن لا يبرأ المحيل فله أن يطالبه لما عرف ان العبرة للعاني لا بمجرد اللفظ قال رحمه الله (ولو طالب أحدهما لكان يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التملك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التملك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه مالم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصير) أي يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بطلان الشرط والملاءمة تثبت بكون الشرط سبباً لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلى الثمن أو بكونه محكماً من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلى ما عليه من الدين أو بكونه سبباً لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلى ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولن جاءه حل بعير وأباه زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحل على الجحى بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا مالم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامناً عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لا نأقول أمكن حل الآية على الكفالة بأن يكون رسولاً من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب عليه الاحكام كما أنه يقول ان الملك قال لن جاءه حل بعير ثم يقول هو من جهته وأنا بذلك الحل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الآية تدل على أن الكفالة للجهول جازة وأنتم لا تقولون به فلم يبق لكم حجة لا نأقول جاز أن تنسخ من هذا الوجه وتبقى معمولاً بهم من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخاً لما جاز ثم الاصل فيه أن الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله ما غصبك فلان فعلى

(٣٠ - زيلعي رابع) الكفيل ما أقرب المطالب حتى يقضى به عليه ولومات المطالب قبل أن يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه ففرض له عليهم بحق لزم الكفيل ولومات الكفيل لحقه في تركه ذكره في تركه الاصل وفي نوادر هشام عن محمد لو قال لا خير ما غصبك فلان أو ما سرقك فاني له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انساناً بعينه لان تقديره ضمنيتك ما يجب على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجوز ولا كذلك اذا سمى انساناً بعينه لانه لو صرح فقال ما يجب لك على فلان فهو على جاز وعلى هذا المعنى ذكر في كفاية الاصل لو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلى فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شيء لان تقديره ضمنيتك واحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين ما بايعتموه به من شيء فعلى جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالاً فأنا ضامن له لم يلزم الضامن شيء حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا أعطيك ولومات المطالب قبل التقاضي فقال وارثه أعطيك

أولا أعطيك فالل يلزم الكفيل وفي نوادر ابن مسماعة عن محمد لو قال ان تقاضيت فلم يعطك فأنا له ضامن فبات المطلوب قبل التقاضي بطل
عن الضمان وقال في المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا هل في بايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه في أول مرة ولا يلزمه
ثمن ما بايعه بعده وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن مسماعة يلزمه كله هذا المسائل كلها مذكورة في الأجناس ونقل في خلاصة الاستاوي عن
الأصل رجل قال للمودع ان أتلّف المودع وديعتك أو بحد فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن صح بخلاف ان
أكلك سبع اه اتقاني قال الكمال بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه
أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل كل منهما أجلا يعني من هبوب الريح ومحجى المطر كأن يقول كفلت لك
بمالك عليه الى أن تهب الريح أو الى أن يجي المطر لا يصح إلا أن الكفالة ثبتت حالة ويطلب الاجل بخلاف ما لو علقها بما بهما نحو اذا
هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى
جازت الكفالة والتأجيل فالخاص أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويطلب الاجل اه
(قوله وجهالة المكفول له) قال الولوالجي (١٥٤) ولو قال لقوم ما بايعموه أنتم وغيركم فهو على لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم

لأن مخاطبين مع المومون
وغيرهم مجهولون اه (قوله
لا يجوز الا اذا كانت الجهالة
في المكفول) قال قاضيان
في كتاب الاقرار قبيل فصل
اقرار المريض رجل قال
لغيره من بايعك بشي فأنا
مكفيل عنك بثمانه لم
يجز ولو قال من بايعك من
هؤلاء وأشار الى قوم معينين
معدودين فأنا مكفيل عنك
بثمانه جاز اه (قوله في المتن
ولا يصح بنحو ان هبت الريح)
اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت
في هذا الموضع ففي نسخة
وعليها شرح الزيلعي رحمه
الله كما شاهدته في خطه
هكذا ولا يصح بنحو ان هبت

وجهالة المكفول له أو المكفول عنه منع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك
عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه بسيرة
مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فينتدب جواز التعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال
رحمه الله (ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويوجب المال حالا) يعني لا يصح تعليق الكفالة
بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويوجب المال حالا هكذا ذكر في الهداية
والكافي وهذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه
بدخول الدار ونحوه مما ليس بعلام ذكركه قاضيان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح
لا يصح التأجيل ويوجب المال حالا وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقه بشرط ملائم كالكفالة بالمال
في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقه بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة البسيرة فيها
متصلة كالتأجيل الى القطار وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل
الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال رحمه الله (فان كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعني اذا تكفل
رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أنه عليه ألف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة
كالثابت عيانا وان لم يقر فلا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه
ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا بينة قال رحمه الله (ولا اصدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ
قول المطلوب على الكفيل) يعني اذا أقر الكفيل بشي والمسئلة بمجالها وادعى الطالب أكثر من ذلك كان
القول قول الكفيل لانه منكر ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته
عليه لان اقراره على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلى

الريح فتصح الكفالة ويوجب المال حالا وعلى هذه النسخة يكون ما نسب الزيلعي من السهو للهداية والكافي منسوبا
لعبارة الكثر والذي في غالب نسخ المتن ويرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فان جعل أجلا تصح الكفالة
ويوجب المال حالا ولا سهو في عبارة الكثر على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنا ضامن أو ان نزل المطر فأنا كفيل اه
(قوله هكذا ذكر في الهداية والكافي) صاحب الهداية قلده صاحب المبسوط في هذا الاستعمال فانه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل
بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال
كفلت بكذا الى أن تطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزم الكفيل) لانه أي الكفيل ضمن بماله عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على المكفول
عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عيانا فصار كأنه ضمن بالالف التي عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال اذ تقاني أما اذا عجز الطالب
عن البينة فالقول قول الكفيل في مقداره ما أقر به لانه مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا أقر بشي مجهول وانما اعتبر قول
الكفيل مع البين لان من جعل القول قوله فيها كان هو خصما فيه والشئ مما يصح بنده كان القول قوله مع عينه كالمدعي عليه بالمال وأما
اذا أقر المكفول عنه بأكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق في أكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه
والآخر على الكفيل فيصدق في اقراره على نفسه لانه ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال في الشامل في قسم

المطلوب ما ذاب الث على فلان فهو على أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب بما لم يكفيل الا قوله ما قضى عليه لم يلزمه الا ان يقضى القاضي لان قوله ما ذاب أي حصل وقد حصل باقراره ولو قال مالك أو ما أقرت به أمس فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا عليه لا ما لا واجبا عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب فان قال ما أقرت فأقر في الحال يلزمه لانه لم يقل ما كان أقرت ولو أبي المطلوب اليقين فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل ينزل الى هنا لفظ الشامل اه (قوله والقياس أن لا يلزمه شيء لما يتنا) وكذا الرقال ما يابعته فعلى فقال المكفول عنه بايعني ووجد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحسانا دون بينة اه خلاصة (قوله في المتن فان كفل بأمره رجع الخ) رجل كفل عن رجل بمال بغير أمره ثم أجازا المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئا لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيان وسيأتي في كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معمله اه وكتب ما نصه ثم ينبغي لك أن تعرف أن رجوع الكفيل على المكفول عنه اذا وجداء مراغما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز (١٥٥) اقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع

والا فلا وبه صرح في النصفة وكفاية البيهقي وغيرهما حتى ان الصبي المحجور اذا أمر رجلا أن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع لان الاصيل مستقرض عن الكفيل معنى واستقرض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف استقرض البالغ وأما العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق لان أمره صحيح في حق نفسه دون مولاه اه اتقاني (قوله لانه قضى دينه بأمره) أي لان الكفالة اذا كانت بأمر كانت بمعنى القرض كله قال أقرضني كذا وادفعه الى فلان وذلك جائز فكذلك هذا اه اتقاني (قوله أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به) قال في النصفة ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدى لانه ملك ما في ذمة

فاقر فلان على نفسه بالف درهم مثلا فانكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء لما يتنا وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرره عليه في المستقبل وقد تقرره عليه باقراره وهذا لانه متكفل بما يجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متما فلا يصدق ما لم يقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لا اقراره عليه كالريض اذا أقر دين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للقرض قال رحمه الله (فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره معناه اذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه أما اذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى رديا أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغيره من عليه الدين لانه ينتقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقل بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة أو نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يساع الاصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى ان أدى أردأ من الدين وان أدى أجود منه لا يرجع الا بالدين لان لم يلزم ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما يثبت له الحق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا الوهبه الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى ما لم يخالف أمره بالزيادة أو بادمجنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى لان الصلح على الأقل ابرأ فيكون ابرأ عنه لا غليظا الا اذا صالحه على أن يهبه الباقي ففعل حينئذ يرجع عليه بمجوعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة وأما اذا تكفل بأمر الصبي أو العبد المحجور عليهم فلان الأمر بالكفالة استقرض منه من الأمور واستقرضها لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لم يكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الا بالخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لان أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملك أن يتكفلا عن أحدهما لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال رحمه الله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) لانه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله (ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) لانه التزام المطالبة

الاصيل حتى انه اذا كان عليه دراهم صحاح جياذ فأدى زيوفا وتجاوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجياذ وكذا لو أدى عنها من المكفيل والموزون أو العروض فانه يرجع بالدرهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى لا بما على الغرم وبخلاف الصلح اذا صالح من الألف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالألف لانه اسقاط البعض اه اتقاني (قوله أو وهبه) يعني اذا وهب المكفول له الكفيل المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكتب ما نصه قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى اه اتقاني قوله ولو وهب أي الطالب اه قوله له أي الكفيل اه (قوله ففعل) كما لو صالحه عن ألف على مائة على أن يهبه الباقي فان الكفيل يرجع حينئذ بألف اه (قوله في المتن ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدي عنه) أي لان الكفيل كالقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض فكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه ما لم يؤدي اه اتقاني رحمه الله

(قوله في المتن فان لوزم لازمه) اعلم ان الكفيل بالامر اذا طوب طلب الاصيل واذا حبس حبسه واذا ادعى رجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله المكفول عنه. واما اذا كان عليه دين مثله المكفول عنه فليس للكفيل ملازمة الاصيل ولا له ان يحبس اذا حبس ولا له ان يرجع عليه اذا أدى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوي هذا كله اذا كانت الكفالة بأمر من عليه أما اذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع اه اتقاني (قوله في المتن ويرى بأداء الاصيل) قال الاتقاني وجلة القول هنا ما قال في شرح الطحاوي واذا أبرأ المكفول له المطالب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا أنه اذا أبرأ الاصيل يشترط في ذلك قبوله أو يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول ولورده ارتدود دين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو أبرأ الكفيل صح البراءة قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كانه (١٥٦) أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى في الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في البراءة

لا يحتاج الى القبول وفي الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفي الاصيل ينطق حكم ابرائه في الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل ولو كان البراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولورده ورثته ارتد وبطل البراء عند أبي يوسف لان البراء بعد الموت إبراء للورثة وقال محمد يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسيحاوي في شرح الطحاوي اه (قوله ويرى بأداء الكفيل) أي لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل بالاداء أو البراء

وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكيم حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى أن يوفي الثمن كما كان ذلك للبائع انه واستفاد المثل من جهته فكذاله أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدي كما كان للمشتري أن يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل أن يوفي الثمن الى البائع قال رحمه الله (فان لوزم لازمه) أي ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبس لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بعثله حتى يخلصه من ذلك اذا تخليصه واجب عليه قال رحمه الله (ويرى بأداء الاصيل) أي يرى الكفيل بأداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه الله (ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أي لو أبرأ الطالب الاصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضا لما ذكرناه انه ليس عليه الا المطالبة وهي تبس للدين فتسقط بسقوطه وتأخر تأخره بخلاف ما اذا تسقط بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ اذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصارت الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءة على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية والاحكام تشهد به ألا ترى أنه لو توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء في المال المحتال به كانه مات وعليه دين له ولغيره بحقه أن الدين فيها لم يسقط بالاتفاق وانما تحول من ذمة الى ذمة إما الدين أو المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال رحمه الله (ولا ينعكس) أي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخير عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة أو تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخره ألا ترى

فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا اه اتقاني (قوله في المتن ولا ينعكس) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي واذا أخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيرا عن الاصيل ولورده الكفيل التأخير ارتد بخلاف البراءة للكفيل أنه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الاصيل تأخر عنهم جميعا لان ضمان الكفيل تبس لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس يتبع لضمان الكفيل ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا صحت الكفالة وتأخر الدين عنهما لان الاجل الحق بالدين والدين على الاصيل الا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءة جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة أبرأ الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا سبيل لمعنى الكفيل (١) لمال على المحتال عليه اه (١) قول المحشي ولا سبيل لمعنى الكفيل الخ هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فقرر اه محصه

(قوله بخلاف ما اذا تكفل الخ) نص عليه في الكافي اه (قوله مؤجلا الى شهر مثلا) قال في المحيط ولو كان المال خالفاً فكفل به انسان مؤجلا بأمر المكفول به وطلبه فانه يجوز ويكون تأجيلا في حقهما استحسانا في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد بن جهم الله أنه حال على الاصيل مؤجل في حق الكفيل لان التأجيل وجد في حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم في حق الاصيل كالأجل بعد الكفالة وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الاجل الى نفس الدين فتكون المطالبة عليه ابتداء مؤجلة وان تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء الابد ثبوت التأجيل في حق الاصيل فيتأجل في حق الاصيل فيتأجل في حقهما بخلاف ما لو كفل حالاً ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الاصيل لانه أضاف التأجيل الى من عليه المطالبة لا الى الدين فلم يتغير الحكم في حق الاصيل اه (قوله فانصرف الاجل الى الدين) أي وان كان قرضاً وهذه حيلة في تأجيل القرض اه تبيان وكتب مائة ذكر (١٥٧) في المحيط الكفالة بالقرض الى أجل جائزة وهو حال على الاصيل

ان الدين وجوداً بدونه ابتداء فكذلك بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال مؤجلاً الى شهر مثلاً حيث يتأجل عن الاصيل أيضاً لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين قال رحمه الله (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئاً) أي صالح الاصيل أو الكفيل الطالب على خمسمائة عن ألف التي عليه برئ الكفيل والاصيل أما اذا صالح الاصيل فقط فظاهر لانه بالصالح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا وأما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى ألف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فبرئ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى ألف وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئنا عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان فان أدى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل به ان كان بأمره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه أما أن يذكر في الصلح برأتهما فيبرأ جميعاً أو براءة الاصيل فكذلك الحكم أو لم يشترط شيء فكذلك أيضاً وشرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والألف على حاله على الاصيل قال رحمه الله (وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب) أي الكفيل يرجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة التي يكون ابتداءً وهما من الكفيل وانتهى بها الى الطالب لا تكون الا بالإيفاء منه فصار كأنه قال دفعت الى أو نقدتني أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما الا اقراره بالاستيفاء من الكفيل قال رحمه الله (وفي برئت أو برأتك لا) أي في قوله للكفيل برئت أو برأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير أن يقول الى محتمل يحتمل أنه برئ ببراءته ويحتمل أنه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال أبو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه أقرب براءة ابتداءً وهما من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب أن يبرأ إلا بالاداء بأن يضع المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقراراً منه بالقبض إجماعاً فكذلك هذا اذا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصلح لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالإيفاء وان كانت بالبراءة لا يكتب وقوله برأتك ابتداءً اسقاط لا اقرار منه بالقبض الا ترى أنه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يعمل الدين بالبراءة فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا أدى أو وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء

جائزة وهو حال على الاصيل ومثله في خزنة الاكل وشرح التكملة ولا يلتفت الى ما قاله العلامة الحصري في التحرير من تأجيله على الاصيل فانه مخالف لعامة الكتب كذا قال الشيخ قاسم في حاشية المجمع لابن فرشتاذ كره قبيل فصل الربا اه (قوله ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه) أما أن يذكر الخ أي كان يقول الكفيل مثلاً للطالب صلتك عن ألف التي على علي خمسمائة على أي والمكفول عنه برياً من الخمسمائة الباقية برئاً جميعاً والطالب في الخمسمائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الاصل ان كان بأمره وان شاء أخذها من الاصيل اه (قوله في المتن رجع على

المطلوب) أي والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل بما أدى ان كان الصلح بأمره اه اتقاني (قوله الكفيل يرجع على المكفول عنه) أي بجميع الدين لان لفظه الى لانه الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل مخاطباً فافاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة في هذا اه كال (قوله في المتن وفي برئت أو برأتك لا) ذكر المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لا خلاف فيهما وهما قوله برئت الى وأبرأتك اه (قوله أبرأتك ابتداءً اسقاط لا اقرار منه بالقبض) حتى كان الطالب أن يأخذ الاصيل به اه كال وكتب مائة لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل اه غاية وكتب مائة قال الاتقاني لان البراءة في هذه الصورة ابتداءً وهما من الطالب والبراءة التي ابتداءً وهما من الطالب لا تكون الا بالاسقاط اه

(قوله في المتن وبطل تعليق البراءة من الكفالة الخ) اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقد مر بيانه أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول إذا جاء عند فانت براء من الكفالة وذلك لأن في البراءة معنى التملك والتملك لا يجوز تعليقها بالشروط لأقسامها إلى معنى القسار قاله الاتقاني وقال الكمال قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشروط أي بالشروط المتعارف مثل أن تجلت إلى البعض أو دفعت البعض ففسد أراءك من الكفالة (قوله وقيل يصح) أي قبل تعليق البراءة من الكفالة صحيح اه (قوله في المتن والكفالة لا يجوز مبيع) يعني إذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين لا يمكن إذا و من الكفيل إذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع أنه إذا كفل بتسليم المبيع جاز (١٥٨) اه (قوله فلان الكفالة انما تصح بضمون تجرى النيابة في إيفائه) أي وكل

حق لا يمكن استيفاءه من الكفيل لا يجوز الكفالة به كالمودود والقصاص هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعني أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لأن الكفالة بتسليم النفس إلى باب القاضي واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فانها لا تجوز لأن العقوبات لا تجرى فيها النيابة لعدم حصول المقصود لأن المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اه اتقاني (قوله في المتن وصح لوئثنا) قال القدوري وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز قال الأقطع وذلك لأنه دير صحيح يمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة به كالقرض اه (قوله أو مبيعاً) كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن بالواو (قوله ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين نحو أن

إذا أبرأ البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل للمكفأ في ذمته وهذا كله فيما إذا كان الطالب غائباً وإن كان حاضراً يرجع إليه في بيانه في الكل أنه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشروط) لأن في البراءة معنى التملك كالبراءة عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لأن فيها تملك المطالبة وهي كالدين لأنها وسيلة إليه والتملك لا يقبل التعليق بالشروط وقيل يصح لأن الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان أسقطاً محضاً كالطلاق والعناق ولهذا لا يرتد أبرأ الكفيل بالرد لأن الإسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لأنه ليس بإسقاط بل هو خالص حق المطالب فيرتد بالرد وبخلاف البراءة عن الدين لأن فيه معنى التملك قال رحمه الله (والكفالة لا تجوز مبيعاً ومهرهون وأمانة) يعني الكفالة بهذه الأشياء باطلة أما الكفالة باستيفاء الحد أو القصاص فلان الكفالة انما تصح بضمون تجرى النيابة في إيفائه ولا تجرى النيابة في العقوبات لأن المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن إقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة وأما الكفالة بالمبيع والمهرهون والأمانات كلها فلان الكفالة من شرط صحته أن يكون المكفول به مضموناً على الأصل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه أو بدفع بدله لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصل فلا بد أن يكون واجباً على الأصل ومضموناً عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن ألا ترى أنه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه إذا هلك فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الأصل وكذا الأمانة ليست بمضمونة على الأصل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله (وصح لوئثنا ومغصوباً ومقبوضاً على سوم الشراء ومبيعاً فاسداً) يعني أن كان ثمن المبيع يصح الخ لأن الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى إذا هلك عند يجب الضمان عليه إذا القيمة تقوم مقامه فأمكن إيجابه على الكفيل بخلاف الأعيان المضمونة غيرها كالبيع والرهن وبخلاف الأمانات على ما تقدم ويجوز في الكل أن يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لأن تسليم العين واجب على الأصل فأمكن التزامه فصار تطهير الكفيل بالنفس لأنه مادام قائماً يجب عليه تسليمه وإن هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل إن كان تسليمه واجباً على الأصل كالعارية والإجارة جازت الكفالة بتسليمه وإن كان غير واجب كالوديعة والإجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لأن التسليم غير واجب عليه فلا يمكن إيجابه على الكفيل قال رحمه الله (وجعل دابة معينة مستأجرة

كفل عن البائع تسليم المبيع إلى المشتري أو كفل عن المرتهن تسليم الرهن إلى الراهن أو كفل عن الأجير بتسليم المستأجر وخدمة إلى المستأجر اه (قوله في المتن وجعل دابة الخ) قال القدوري رحمه الله في مختصره ومن استأجر دابة للعمل فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالعمل وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة قال الشيخ أبو نصر الأقطع رحمه الله وذلك لأن الدابة إن كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فإذا تكفل بالحمل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح وليس كذلك إذا كانت الدابة غير معينة لأن الذي يلزم المؤجر الحمل وهو مما يمكن استيفاءه من الكفيل فصحت الكفالة به اه قال الاتقاني رحمه الله وقال في المبسوط ولو تكرار دابة أو عبداً وجعل الأجير ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه إليه فإن الكفيل يؤاخذ به مادام حياً لأن التسليم مستحق على

وخدمة عبد استؤجر للخدمة) يعني لا تجوز الكفالة بالجل فيما اذا استأجر دابة معينة للعمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبد الخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يتقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه ألا ترى ان المؤجر لو وجهه على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر الحمل والكفيل بقدره على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وجهه قوله الاول أن الكفالة التزام مطالبة من غير أن يجب بمقابلته على غيره شيء فيه صح كالأقرار وهذا لانه تصرف التزام في نفسه وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجهه قوله الثاني انه تصرف للغير فيوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاذن بعارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في الزوم دون الانعقاد ألا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي وله ما انه عقد عليك فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولا يبرع على الطالب بالالتزام وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارة فائدة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغاء ولا يقدى يكون ضررا عليه بأن يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضية بالكفالة لان العلماء يختلفون فيها فيعود ضرر عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس بعقد وانما هو إخبار عن شيء واقع فيقبل منه قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن اضرارا بأحد قال رحمه الله (الا ان تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة بالقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بما على من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا وان كان القياس بإبائه على قولهما اذا لزم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان أن هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماء لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا وان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغ الدين بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بما له صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تتفقد تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء دينه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال ضمن عن فلان أو كأنه حضر وقبل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراه المسامحة في هذه الحالة وانما يراه تحقيق الكفالة فصار كالأمر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقبل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل يصح لان المريض فصلبه النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامر به يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قال رحمه الله (وعن ميت مقلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز للمروى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنارته رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال

انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم الدين وانما عليه رد الاجرة والكفيل ما كفل بالاجر اه وكتب على قوله وحمل دابة مانصه بالجر عطف على قوله بخلاف قصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة اه عني (قوله في المتن وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على قوله وحمل دابة أي وبطل الكفالة أيضا بخدمته عبد اه

فرع قال قاضيان رجل قال لجماعة شهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له على فلان ثم ان المدون أقام بينة انه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته ويبرأ المطالب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لان قول الكفيل ذلك كان اقرارا بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المدون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ الكفيل والمدون جميعا (قوله ولو تكفل بتسليم الدابة الخ) قال قاضيان رحمه الله رجل كفل على رجل عيال والطالب غائب والمكفول عنه حاضر فأجاز الغائب بعد ذلك لا تصح الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد وتصح في قول أبي يوسف ولو كان المكفول عنه غائبا والطالب حاضر فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

(قوله في المتن وبالثمن للوكل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطى الرجل ثوبا لبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع (١٦٠) الثمن لا حرم قال الضمان باطل وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها فلا

ضمان عليه إلى هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه اتقاني (قوله ولو وكل الموكل أو رب المال إلى آخره) كذا بخط الشارح وهو صحيح يعني عن قوله بعد وكذا المضارب إلى آخره (قوله ولانهما) أي الوكيل والمضارب وكتب على قوله ولانهما مانعه تعليل بان لعدم صحة الكفالة اه (قوله واشترط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع) أي كالمودع إذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية لأعير بالشرط فانه باطل اه اتقاني (قوله إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجلين باعاهما من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يتخاوما إن صح في نصف الثمن مطلقا أو في حصة الشريك فلا وجه إلى الأول لانه يلزم أن يكون ضامنا لنفسه وهو باطل لانه مانع من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ألا ترى أنه لو قبض شيئا من الثمن كان صاحبه شريكا ولا وجه إلى الثاني لانه يؤدي إلى قسمه الدين قبل القبض وذلك باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتم تضييب صاحبه لان القسمة أفرار الانصباء والأفراز ما إذا لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة فإذا لم يتم تضييب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه اتقاني رحمه الله

صاوا على أخيكم فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال هما على يا رسول الله وفي رواية قال ذلك على رضي الله عنه فصلي عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته وهو لا يسقط إلا بالانقضاء أو الإبراء أو انقضاء سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلم يسقط ولهذا يبقى في حق حكم الآخرة ولو تبرع به إنسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذ من المتبرع وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو ترك مالا وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين أي أدائه كما يقال وجب عليه الصلاة وبرائه الاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال في حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة إلى الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الأصل فلا يمكن إيجابها على الكفيل تبعاً لاداء لايضم الموجود إلى المعدوم لانه في الحكم مال لانه يؤل إليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه وبمخلفه من المال والكفيل فقات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرئة في حق الآخرة ولان الدين باق في حق الطالب لانه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والأصيل لانه التزم ما على الأصيل وما روياه كان إقراراً منه بأنه كان كفيلاً عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعداً منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين أبرئ الكفيل لان برأيه توجب برأه الكفيل فلما لم يبرأ علم أن عليه ديناً فيجوز ابتداء الكفالة به أيضاً لان قول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله (وبالثمن للوكل ولرب المال) أي لا تجوز الكفالة بالثمن للوكل ولا رب المال معناه إذا وكل رجل رجلاً لبيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للوكل عن المشتري أو ضمن مضارب رب المال ثمن متاع باعه من المشتري لم يجز لان حق القبض إلى الوكيل والمضارب بجهة الاصل في البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل أو بموت رب المال وبعزله ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة إلى العاقد وكذلك المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق إليه والعاقد لغيره في حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للوكل عليه شيء كان باراً في عينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فإذا ثبت ان الوكيل أصيل في القبض فإذا ضمن صار ضامناً لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل يبيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبّر حتى لو نهاهم الأمر عن قبض البذل صح نهيهم ولانهم أمينان في الثمن شرعاً واشترط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار تطهير من سلم في آخر الصلاة بربده قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى جازله أن يسجد للمهو ما لم يفعل ما ينافي الصلاة قال رحمه الله (والشريك إذا بيع عبدا صفقة) أي إذا باع رجلان عبداً مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما للشريك كما نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامناً لنفسه لانه مانع من جزء يؤول إليه المشتري أو الكفيل من الثمن الأول شريكه نصيب ولا يؤول إلى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على حدة وذلك لا يتصور في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلاً حسيّاً والدين حكماً فلا يرد عليه الفعل الحسي فإذا لم تصح أقسمته يكون كل شيء يؤول إليه إلى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المؤدى بنصف ما أدى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع أيضاً بنصف الباقي إلى أن لا يبقى في يده شيء فيؤدي تجوزاً ابتداء إلى ابطاله انتهائاً بخلاف

وذلك باطل لان الدين في ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتم تضييب صاحبه لان القسمة أفرار الانصباء والأفراز ما إذا

لا يتحقق إلا في العين دون الدين في الذمة فإذا لم يتم تضييب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه اتقاني رحمه الله

(قوله فبطل الضمان الجهالة) أي فاما الدرك فقد صار مستملا في ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال نهر الاسلام وقال أبو بكر الرازي في شرح الطحاوي العهدة هي كتاب الشراء وهو المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس عصفون على أحد فيضمنه الكفيل وأما أبو يوسف ومحمد فقالا إن جلتا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا إلى هنا لفظ أبي بكر الرازي في شرحه وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس وفي البيوع املاء أبي يوسف ورواية ابن سماعة قال أبو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اه إتقاني (١٦١) (قوله في المتن والخلاص)

اعلم أن ههنا ثلاثة ألفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص وهو باطل عند أبي حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه إلى المشتري وجه قول أبي حنيفة أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع وأنه صحيح كذا قال العتاني اه إتقاني (قوله في المتن ومال الكتابة) قال في كفالة الصغير ما نصه فاذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلا وادى مع ذلك الضمان يرجع انتهى وعنه في الدخيرة في الفصل السادس في تصرف أحد الشريكين اه

(فصل في) (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل إلى آخره)

ما إذا باعه صفتين بأن يسمى كل واحد منهما النصيب ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه لا آخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقص حصه أحدهما للباقى قبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشتري أو بعضه لا يشاركه الآخر في الفصل الأول يشاركه ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التسرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مستقسطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التسرع ألا ترى أن الكفالة يسد الكتابة لا تجوز ويجوز التسرع به قال رحمه الله (وبالعهدة) أي لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورته أن يشتري عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشتري رجل بالعهدة وإنما لا تجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك البائع ولا يلزمه التمسك فاذ ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانهم أخذوا من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمره العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففي الخ برعهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فيه فتمتدرا العمل بها قبل البيان فبطل الضمان الجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغي أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيا لتصرفه لانا نقول فراغ النعمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال (والخلاص) أي لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تجوز لان تفسيره عندهما تخلص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك في المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخلص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخلص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق المبيع أو رد الثمن ان لم يجز قال (ومال الكتابة) أي لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المناقاة وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر في حق الكفالة ولانه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفى فلا يفيد إيجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة وإثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الأصل اداء ملك المولى من وجهه والكفيل لا يجده هذا المال وهذا كالمالك اذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه اداء مال هو ملك المولى من وجهه ولا يجز ذلك بعد العتق ولا يمكن إيجاب الزيادة عليه فبرأ

(فصل في) (قوله ولو أعطى المطالب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترد منه) أي لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترد منه

(٣١ - زيلعي رابع) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاء الألف قبل أن يعطى صاحبها أنه أن يأخذها منه قال لا وإن ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وإن كانت الكفالة بكثر حنطة فقضاء الذي عليه الأصل فبأه الكفيل فربح فيه فان الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذي قضاؤه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء وقال أبو يوسف ومحمد هو له ولا يرد على الذي قضاؤه الكثر إلى هنا لفظ محمد بن أبي الجهم الصغير اعلم أن رجلا إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب ثم أراد الأصل أن يسترد الألف من الكفيل ليس له ذلك إلا أن يقضى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فيثبت يسترد وذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا القابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما ينتف هذا الاحتمال بأداء الأصل بنفسه لا تصح المطالبة اه إتقاني

(قوله بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة) قال الاتقاني رحمه الله قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما أن يدفع الاصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين إما أن كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب له الرجح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة ومحمد وطاب له عند أبي يوسف وذلك لأن الخبز لعدم الملك لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه المالان قال (١٦٣) فاضحان رحمه الله أصل المسئلة أن المودع أو الغاصب إذا تصرف في الوديعة

أو المغضوب ورجح فعندهما لا يطيب له الرجح خلافاً لأبي يوسف وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الاصيل للكفيل إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الرجح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض لما قلنا غاية ما في الباب أن الاصيل الرجوع على الكفيل إذا أدى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك لأنه لا يتعين وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرد على الاصيل وقال في كتاب الكفالة من الاصيل يتصدق به وقال في كتاب البيوع منه لا يطيب له وعند أبي يوسف ومحمد يطيب له اه قوله وفي رواية هذا الكتاب يعني الجامع الصغير اه (قوله وقال لا يطيب إلى آخره) قال الاتقاني وجه قولهما أن

لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقياً مكن بحل الزكاة ودفعها إلى الساعي وكن اشترى شيئاً بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة وثمناً عند مضي الحول ومضي مدة الخيار فإدام هذا الاحتمال قائماً لا يسترد لأنه ملكه بالقبض لأن المطالب دفعه إليه على وجه القضاء وأخذ الكفيل على وجه الاقتضاء بأن قال له وقت الدفع اني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الاصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للاصيل أن يسترد منه يد الكفيل لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يدا بطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسئلة الاولى ولأنه بالكفالة وجب الكفيل على المطالب حق كما وجب على الكفيل للمطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهناً بجاز وكذا لو أبرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الطالب جاز حتى لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فيثبت بهذا أن الكفيل ديناً على الاصيل إلا أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه فصار نظير الدين المؤجل جازاً فانه بالاستحجال يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقض الماتم من جهته فلا يمكن منه قال (ومارح الكفيل له) أي إذا ربح الكفيل بالمال الذي قبضه من المطالب قبل أن يعطى هو الطالب طاب له الرجح لأنه ملكه بالقبض فكان الربح بطل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل لأنه بالكفالة وجب له على الاصيل دين إلا أنه تؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا إلا أن فيه نوع غيب إذا قضى الاصيل الدين عند أبي حنيفة لما ذكره فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا في البيوع وان قضى الكفيل فلا خبز فيه بالاجماع هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح على قول أبي حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول أبي يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف في الرجح بالدرهم المغضوب قال (ونذب رده على المطالب لو شأ يتعين) يعني يستحب رد الرجح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئاً يتعين كالخطة والشعر وهذا إذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبي حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقال لا يطيب له الرجح وهو رواية عنه لأنه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل وربح فيه وله أن الخبز يمكن مع الملك فيما يتعين لأن اقتضائه قاصر ألا ترى أن المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فإذا لم يطيب له يتصدق به في رواية على الفقهاء وفي رواية يرد على الاصيل لأن الكراهية لحقه ثم إن كان الاصيل فقيراً يطيب له وإن كان غنياً ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا إذا أعطاه على وجه القضاء دينه وان دفع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الرجح بالاتفاق لأنه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعيينه فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغضوب المتعين إذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين

الكفيل بعقد هذه الكفالة استوجب على الاصيل ديناً مؤجلاً كما بينا ولهذا صح إبراء الاصيل الكفيل قبل أداء عند الكفيل حتى إذا أدى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل إذا استوفاه يكون استيفاءه صحيحاً فكان الرجح حاصل على ملكه فطاب له ولا يخيصة أن ملك الكفيل في المدفوع إليه قاصر وذلك لأن الطالب إذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه وإذا أخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصراً ولم يكن الملك أصلاً ثبت حقيقة الخبز فإذا كان قاصراً ثبت شبهة الخبز فلم يطيب له الرجح اه (قوله وإن كان غنياً ففيه روايتان) أي في كتاب الغصب اه غاية (قوله والاشبه إلى آخره) قال الاتقاني قال نضر الاسلام البزدوى في شرح الجامع الصغير والاشبه أن يطيب له لأنه إنما يرد عليه على أنه حقه اه

(قوله واتبعتم أذناب البقر) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اه غاية لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن قاله الكمال اه (قوله ذللتهم) من باب ضرب اه مصباح (قوله في المتزومين كفيل عن رجل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تكفل لرجل بمأذابه عليه من حق أو بما قضى له عليه من حق فغاب المكفول عنه فقام المدعي بالكفيل فأقام عليه البينة أن له على المكفول عنه ألف درهم قال لا نسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لأن الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل فحالم يقض به لا يجب شيء على الكفيل لأن شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الأصل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما إذا كفيل بما قضى له عليه أما إذا كفيل بمأذابه عليه فكذلك لأن معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ ١٦٣ وان كان ماضيا برأيه المستقبل

كقولهم أطال الله بقاءك وأدام عزك فلما كان كذلك قلنا الكفيل كفيل بما يجب على الغائب بعد عقد الكفالة لأقبله ودعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة اه اتفاقا رجه الله (قوله فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لأنه قضاه على غائب لم ينتصب عنه خصم إذا الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لأنه إنما كفيل عنه بمال مقضى به بعد الكفالة لأنه وإن كان ماضيا لم يرد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لأنه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد

عند أبي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولو أمر كفيله أن يتعين عليه شيء فافعل بالشراء للكفيل والرجح عليه) وتفسيره أن الأصل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتري من الناس حريرا أو غيره من الأنواع ثم بعه فارجعه البائع منك وخسرت أنت فعلى وصورة أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الرجح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة لبيعه هو في السوق بعشرة فيصل إلى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو بقرضة خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها من الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضا فإذا فعل ذلك نفذ عليه والرجح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الأمر شيء من ذلك لأنه إما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظرا إلى قوله على أنها لوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع في السوق فباخسرت فعلى وأما وكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا إلى الأمر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الحرير وعنه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أي نسيئة من عين الميزان وهو ماله لأنها زيادة وقيل لأنها بيع العين بالرجح وقيل هي شراء ما يباع بأقل مما يباع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكره لما فيه من الاعراض عن ميرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اختاره أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتهم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفيل عن رجل بمأذابه عليه أو بما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لأنه كفيل ما لا يجب في المستقبل بالقضاء أو بأى سبب كان وذلك لم يوجد لأن القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا لو أقر الكفيل على الأصل بألف درهم لا يجب على الكفيل لأن إقراره لا يوجب على الأصل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الأصل فكذا القضاء وهو غائب ولا يحتمل أن يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل أن يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وأقام البينة قبلت بينته لأنه ادعى عليه ما لا يدخل في الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بأمر مقضى به عليه ما ولو بلا أمر قضى على الكفيل فقط) أي لو أحضر شخصا عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره

من كونه مستقبلا على خطر الوجود فحالم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلًا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يقيم على من اتصف بكونه كفيلًا عن الغائب بل على أجنبي إذا لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الأخرى وهو لفظ ذاب لأن معنى ذاب تقرر وجوب وهو القضاء بعد الكفالة اه كمال رحمه الله (قوله وأقام البينة إلى آخره) صار كفيلًا وصحت الدعوى وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره لأنه إذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اه فتح (قوله في المتن ولو برهن الخ) قال الاتفاق وصورة المسئلة في الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد إذا كفيل عن رجل بمال لرجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فقام الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فاقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم على الغائب إلى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه

أبو البيث في شرح الجامع الصغير ذكر في الكتاب عن أبي يوسف ومحمد خاصة وليس في المسئلة اختلاف لأنه لم يرد عن أبي حنيفة خلاف هذا وشمس الأئمة السرخسي انما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظه عن أبي حنيفة نصا وانما قبلت البيئته هنا ولم تقبل في المسئلة المتقدمة لأن ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعى وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل وههنا المكفول به مال مطلق لأنه قال وإن هذا كفيل عنه بأمره ودعوى الحال مطلقة أيضا وصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى اه اتقاني (قوله وقضى على الأصيل والكفيل جميعا) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لاحتاج إلى إقامة البيئته عليه لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين واتصب الحاضر خصما عن الغائب بخلاف ما إذا أقام البيئته على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت ١٦٤ على الغائب شيء لأنه لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء إليه

كذا قال الامام الزاهد العنابي اه غاية (قوله ولاية قضى على الغائب لان المدعى هنا مال آخره) قال الكمال وانما قبلت هذه البيئته ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدعى مطلقة فصحت الدعوى فقبلت البيئته لأنها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد يكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كية ولم تطابقها دعوى المدعى ولا البيئته اه (قوله لأنه لما أنكر الكفالة الخ) صار ذلك منه إقرارا بأن الأصيل لم يأمره وإقرار المرء على نفسه صحيح لأنه مؤاخذ بزعمه فلا رجوع اذن اه اتقاني رحمه الله (قوله فقد ظلم في زعمه) قال في الجهرة

قبلت البيئته وقضى على الأصيل والكفيل جميعا ولو أقام البيئته أنه كفيل عنه بغير أمره وقضى على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لان المدعى هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغيران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبتت وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تنس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل عما أدى على الأمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لأنه لما أنكر الكفالة فقد ظلم في زعمه فليس له أن يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشتري على البائع بالثمن إذا استحق المبيع وإن كان في زعمه أن المبيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغائب إذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا إذا لم يتوصل إلى حقه على الحاضر إلا بإثباته على الغائب بحوز القضاء على الغائب كما إذا ادعى عبدا أن الحاضر اشتراه من مولا الغائب ثم أعنته فأنكر الحاضر الشراء والاعتناق كان الحاضر خصما عن مولا حتى إذا أثبت العبد الشراء والعنت نفذ على الغائب حتى إذا حضر ليس له أن يدعيه قال رحمه الله (وكفاله بالدرك تسليم) معناه إذا باع رجل دارا مثلا فكفل رجل للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفاله تسليم المبيع وإقرار منه أنه لا حوله فيها حتى أرادى أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الأجرة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل للكفالة في المجلس فإذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى الملك أو غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة في البيع فالملطوب من هذه الكفالة اتعالم البيع وإحكامه بان لا يرغب فيها المشتري إلا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون إقرارا منه بان البايع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله (وشهادته ونختمه لا) أى كتابة شهادته ونختمه لا يكون تسليم حتى إذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك اذ البيع يوجب لمن غير المالك كما يوجب لمن المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو لينظر في البيع حتى إذا رأى فيه مصلحة أجاز له وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الانبرام على ما ينأى حتى لو شهد هنا

والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو في التنزيل زعم الذين أيضا كفروا أن لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم في القرآن اه غاية (قوله ونحن نقول) أى لما قضى القاضي بالكفالة بأمره بالبيئته اه (قوله فبطل زعمه فيرجع عليه) قال الاتقاني كمن اشترى شيئا من إنسان وأقر ان البايع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبيئته كان للمشتري الرجوع بالثمن على البايع لأنه بطل زعمه اه (قوله لان الكفالة ان كانت مشروطة في البيع) بان باع بشرط الكفالة اه غاية (قوله فالملطوب من هذه الكفالة) ترغب المشتري في البيع لأنه ربما لا يرغب في الشراء إذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيبا وتأكيذا للعقد فكأنه قال اشتر هذا فان العقد جائز والمبيع ملك البائع فان لحقك درك فيه فأناضامن لك فإذا كان كذلك كان الكفيل مقررا بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض اه اتقاني رحمه الله (قوله إذا ادعاه بعده تقبل دعواه) أى وتقبل شهادته لغيره أيضا اه غاية (قوله ليحفظ الواقعة) ليسعى بعد ذلك في تثبيت البيئته اه فتح

(قوله أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول الخ) قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا إن ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو عك ذلك وهو كتب شهد بذلك فإنه تبطل دعواه إلا أن يكون كتب الشهادة على إقراره ما بذلك كله فينبذ لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اه غايه (قوله في المستن ومن ضمن عن آخر خراجيه) قال الاتقاني أما الخراج فأنما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فإنه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة عبارة عن تعليق جزء من نصاب مقتدر شرعا من غير أن يكون ديناً في النعمة ولهذا لا تؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب تعليق المال في النعمة بدلا عن شيء كقيم المتلفات وعن المبيع والمهر (١٦٥) ونحو ذلك والبدل كان ملكا له

فيكون المبدل ملكا له أيضا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون ديناً وليس الزكاة بدلا عن شيء آخر فلا يكون ديناً فكان الملك متعلقا بالتعليق وهذا معنى قوله لان ما مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو تعليق المال من غير أن يكون ديناً اه (قوله وأما اتقاني رحمه الله) قال الاتقاني (النواثب) وأما النواثب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد ما يكون بحق كاجر الحارس وكري نهر العامة وانه دين ويسمى ناثبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلة وفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب أدائه على كل مواسر نظرا للمسلمين فيضمن انسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز وأما النواثب

أيضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الرايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو عليه أو باع بعبارة نافذة أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين أو اقراره ما فيكون بدعواه بعد منقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد إخبار وهو لو أخبر بان فلان باع شيئا كان له أن يدعيه وقوله ونحوه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختصمون به بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك محتوما أو غير محتوم قال رحمه الله (ومن ضمن عن آخر خراجيه أو رهن به أو ضمن نواثبه وقسمته صح) أما الخراج فلا يدين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والحماية عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الجيرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في النعمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في النعمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما النواثب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق كاجر الحارس وكري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وقال بعضهم أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البردوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم نفر الاسلام على البردوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لاتزامها ولهنا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النواثب على المسلمين بالقسط يؤجروا ان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى ناثبة غيره بأمره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بأمره وأما القسمة فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النواثب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبتهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النواثب بعينها غير أن القسمة ما يكون

التي يوظفها السلطان ظالما على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اه (قوله كاجر الحارس) أي للحملة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اه كال مع تغير (قوله كالجبايات الخ) قال الكمال كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا يلاذ فارس على الخطاط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو يوم أو ثلاثة أشهر للسلطان اه (قوله منهم صدر الاسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم التتسي اه وصدر الاسلام هذا هو أخو نفر الاسلام الآتي أيضا اه (قوله منهم نفر الاسلام على البردوي) هو ابن محمد بن الحسين ابن عبد الكريم التتسي وعبد الكريم هذا كان تلميذا الشيخ الامام محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي اه اتقاني (قوله) وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي اه اتقاني (قوله وان لم يشترط الرجوع) أي استحسننا بمنزلة ثمن المبيع اه غايه

(قوله هذا اللفظ وقع غلطاً) قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم بمعنى النصيب كما في قوله تعالى وبنهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائية وهي أيضاً اسم أو بمعنى حق القسام وهي أيضاً اسم اه عيني (قوله لان القسمة مصدر والمصدر فعل) وهو غير مضمون اه غايه (قوله وقيل هي أن يمنع أحد الشريرين من القسمة الخ) فاذا ضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على ايفائه اه غايه (قوله فالقول للضامن) أي في ظاهر الرواية اه كمال (قوله رواه عنه ابراهيم ابن يوسف) قال الاتفاقى وروى ١٦٦ ابراهيم بن رستم عن أبي يوسف اه (قوله فلا يصديق الا بحجة لانه ادعى الخ)

قال الاتفاقى ووجه قول أبي يوسف انها تصادق في وجوب المال واختلاف في الاجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الدين الواجب لا يبعد الكفالة كالعروض وعن البيهقي والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاما أنكر الاجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه أحد العاقلين لا يثبت بقوله لانه عارض وأما الاجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بمالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلاً على الكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة أمراً عارضاً بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والاقرار بأحد النوعين لا يكون اقراراً

واتى بالنواب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة اذا لم يكن في بيت المال شيء وقدينا ما هو جائز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبي سعيد هذا اللفظ وقع غلطاً لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هي أن يمنع أحد الشريرين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسمنا منع أحد الشريرين قسم صاحبه والرواية بأو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة تم وكذا في النقي قال رحمه الله (ومن قال لا تضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) يعني اذا أقرانه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر له لانه أقر له بدين حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر له أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلايينه ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلاً على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر له لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر له لان الاجل وصف فيه ما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر له وقال أبو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه ابراهيم بن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصديق الا بحجة لانه ادعى أن له على صاحبه حقاً وهو التأخير ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار جازاً اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصديق باطلها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس باطل وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفه لفظاً ألا ترى أن الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقاً لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمواخذة في الحال ان أقر ان يقول للديني هذا الذي تدعيه من المال حال أو مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلاً اذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد به إلى صاحبه قال رحمه الله (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا يفسخ ولهذا لو أجاز المشتري البيع قبل الفسخ جازاً ولو كان منتقضاً لما جاز فاذ لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك ألا ترى أنه لو كان عنها عبداً فاعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحققت من يداها لاني ليس للمشتري الاول

بالنوع الآخر اه قال الكمال رحمه الله وجه المذهب ان المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ان اذا تظاهران الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروضاً لعارض لا نوعاً ثم ادعى لنفسه حقاً وهو تأخيرها والاخر ينكره وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصل بل الحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة ينتوع الى التزامها في الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فائماً أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه (قوله ولو كان وصفاً) الذي بخط الشارح ولو كان حقاً اه

باب كفاية الرجلين والعبدین

شرع في كفاية الرجلين بعد كفاية الرجل لان الاثنين بعد الواحد في الوجود فان رد كرها وضعا لتناسب اه اتقاني (قوله حتى يزيد ما يؤديه على النصف) أي سواء عين عن صاحبه أو لم يعين اه منافع (قوله ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه الخ) قال الكمال رحمه الله ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه لكفاية كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين ما رجعه به المؤدى لان أدائه نائبه يعني كفيله بأمره كدائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجعه به صاحبه واللام يكن له أن يرجع الانصف ما رجعه به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه في احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتفه ما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا (١٦٧) كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة واللام

يرجع الانصفها لانه لو
أداه حقيقة بنفسه انصرف
منها خمسون الى ماعليه
اصالة وخمسون الى ماعليه
كفاية وانما يرجع بما عن
الكفاية فيؤدي الى الدور
وما يؤدي الى الدور تمتنع
فتمتنع رجوعه فلم يقع عن
صاحبه والاتغير حكم
الشرع اذا وقع عن صاحبه
حكمة جواز الشروع وقد
علمت أنه امتنع للدور واعلم
أن ليس المراد حقيقة
الدور فانه توقف الشيء على
ما توقف عليه ورجوع
المؤدى ليس متوقفا على
رجوع صاحبه بل اذا
رجع الاخر أن يرجع
ولا يلزم كونه في مال واحد
بل ان شاء أعطاه ما أخذه
منه فاذا رجع الاخر
استعاده أو أعطاه غيره
وكذا الاول فاللازم
في الحقيقة التسلسل في

أن يرجع على بائعه ما لم يقض عليه بالثمن الثاني كي لا يجتمع بدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحريه لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن أبي خنيفة أن البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل على النقص فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحاً فلا تمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبي يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء به وهو عن أبي يوسف انه ان أخذ العين بعد الحكم ينسخ البيع لان أخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفاية الرجلين والعبدین

قال رحمه الله (دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجوع بالزيادة) معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشترى بامنه عبداً وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف ككفيل فبا يؤديه ينصرف الى ماعليه اصالة اذا لمعارضة بين ماعليه بطريق الاصاله وبين ماعليه بطريق الكفاية لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني وهو الكفاية ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني لا ينفذ الا من الثلث بشرط أن لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ أصلاً فكان آكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوباً وفضة بفضة فقبضهما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض عن الصرف لان الصرف أقوى وكذا حتى أوجب القبض قبل الافتراق وان الكفاية توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه وأدائه نائبه كدائه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ماعليه بطريق الاصاله ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ماعليه مؤجلاً وما على صاحبه حالاً صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لا يجب ماعليه في الحال وليس لشريكه أن يرجع عليه

الرجوعات بينهما فتمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يستوعبه شرعاً اعتباراً بالمؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتباراً باطل يؤدي الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ما أدى الى الطالب وهو نقيض ما يقطع به في الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى عنه وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سبباً لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذه مجازفة عظيمة اه (قوله كان لصاحبه أيضاً أن يرجع عليه) أي لان المؤدى متى جعل المؤدى عن صاحبه بحكم الكفاية عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضاً ويرجع عليه لانه يقول أدائك بأمرى وأنت كفيل عني كما اني وأنا كفيل عنك ثم فيؤدي الى الدور وهو باطل كذا في المنافع وهو أوضح مما في الشرح اه (قوله ولا معارضة فيما زاد على ماعليه الخ) قال في المنافع وانما زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كدائه بنفسه لانه لم يبق كفيلاً عن المؤدى لانه أداء حصة نفسه لم يبق الدين عليه اه (قوله وليس لشريكه) أي الدافع الذي عليه حالاً اذا أدى عن المؤجل اه

(قوله يصدق) وكان ينبغي أن لا يصدق وهذا وجه وروده على مسئلة الكتاب فاعلم اهـ (قوله وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة) يعني أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اهـ (قوله بخلاف المسئلة الاولى الخ) قال السكالك رحمه الله وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يبق فرق باعتبار انه لا ينسوخ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدى واحتسابه به عن المؤدى وهذا يمكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أديته عنى هو كاد أن ينقض فكأننا الذي أديته واحتسبته عنك فأننا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول اهـ (قوله ثم يرجعان ١٦٨) على الاصيل وقوله وان شاء المؤدى رجع بالجميع على الاصيل لا يخالف مع ما سبق عن

لأن الكفيل اذا جعل ديناً مؤجلاً ليس له أن يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل فجعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب قال رحمه الله (وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) معناه اذا كان على رجل دين ألف درهم مثلاً فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الافراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بماله من الكفالة لأن الكفالة عن الكفيل جائزة كما يجوز عن الاصيل فما أدى أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لأن ما عليهما مستويان فلا ترجع للبعض على البعض اذا كفل كفالة فيكون المؤدى شائعاً عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذا لا يؤدي الى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل رجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء اعتبار رجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذا استواء في السبب بوجوب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لأن الترجع فيها حاصل من الابتداء فلا يضره الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء المؤدى رجع بالجميع على الاصيل لأنه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى مالم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقباً ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال رحمه الله (وان أبرأ الطالب أحدهما أخذاً لاخر بكنه) لأن ابراء الكفيل لا يوجب ابراء الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكنه فبأخذه به قال رحمه الله (ولو اقرق المفاوضان أخذ الغريم بأشياء بكل الدين) لأن كل واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بينا في الشركة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله (وان كاتب عبدي كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لأن فيه كفالة المكاتب والكفالة بيد الكتابة وكل واحد منهما بائناً باطل وعند الاجتماع أولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان أن تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل

تكراراً فاعلم اهـ (قوله) في المتن ولو اقرق المفاوضان الخ قال الاتفاق وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيفة عندنا وتنتهي على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة بما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فإذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أيهما شاؤا لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اهـ (قوله في المتن وان كاتب عبدي كتابة واحدة) أي بان قال مثلاً كاتبك على ألف الى عام اهـ (قوله وأدى أحدهما رجع بنصفه) قال في شرح التكملة وان كاتب عبدي كتابة واحدة على كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على شريكه

بنصفه لأنهما فيه سواء من حيث الاصل والكفالة اهـ (قوله وكل واحد منهما بائناً باطل) أي لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس يدين صحيح فلا تصح الكفالة به اهـ اتفاقاً (قوله فصار كما اذا اختلفت كتابتهما) أي بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الاخر فانها حينئذ باطلة قياساً واستحساناً اهـ (قوله وهذا استحسان) وجه الاستحسان أنه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل البديل على أحدهما والاخر تبعاله في العقبان يكون كل واحد منهما أصيلاً في الكل وكفيلاً عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتباً تبعالاً له فلما احتمل هذا العقد الصحة وجعل كل واحد منهما كأن المال عليه وكان مؤاخذاً بحكم الاصل لا الكفالة فاذا أدى أحدهما شيئاً يقع

عن جميع البديل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما في العلة وهي ان كل البديل مضمون على أحدهما بعهدة الكتابة ولهذا لا يعتق واحدهما مالم يؤد جميع البديل فان أعتق المولى أحدهما مع لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البديل في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصح الضمان فانما ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته اه اتقاني (قوله احتيالا لتصح الضمان) والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق اه (قوله قلنا هذا في حالة البقاء) (١٦٩) كالمات شهود النكاح اه (قوله

في المتن ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه) قال نحر الاسلام أراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد يطلق عليه فاما اذا استهلكه عبدا فانه يؤخذ به في الحال الا في المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وكذلك لو أقرضه انسان أو باعه أو وطئ بشبهه بغير اذن المولى لم يؤخذ به حتى يعتق أيضا فهذا كله نوع واحد في الحكم وجوابه أن الكفيل يؤخذ به حالا وقال نحر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير صورة المسئلة اذا أقر العبد باستهلاك مال وكذبه المولى أو كان محجورا وأودعه انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يؤخذ به حتى يعتق في قول أبي حنيفة ومحمد ولو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهه بغير اذن المولى فانه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان به ولم يسم حالا وغيره فهو حال أما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل وانما يطالب الاصيل في

المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي حق نفسه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكتابة فأيهما أدى عتق وعتق الآخر معلقا كفاي ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائرة فكان كل واحد منهما أصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورية فيقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصل لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شأ وقع عن كل البديل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما في رجوع به عليه ولورجع بالكل لا تحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما معلق بأداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والشأن أن يكاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يرد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يانم حصته ويعتق بأداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث أن يكاتبهما كتابة واحدة على أنهما ان أدبا عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذ كر كفاله كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثاني حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما مالم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البديل ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لانه لا يقول لا يعتق واحد منهما مالم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائها جميع المال نصا فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدله زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا مالم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما مالم يرض في المبسوط قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذ بأشباح حصته من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدین فيما اذا كاتبا وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه مع العتق لوجود المصالح للعتق وهو الملك في الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة تقسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصته المعتق لما ذكرنا وبأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء فان شاء أخذ المعتق بالكتابة وان شاء أخذ صاحبه بالأصل قال رحمه الله (فان أخذ المعتق رجوع على صاحبه وان أخذ الاخر لا) لان غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد اذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة تبدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقاء لانه لم يكن في الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه أصالة وقد رنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن إيجاب البديل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصل فيه فبقى ككفيلة قال رحمه الله (ومن ضمن عن عبدا مالا يؤخذ به بعد عتقه

(٢٣ - زبلي رابع) الحال لعسره لان العبد وما في يده ملولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه في حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد في حق الكفيل فصارت بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه اتقاني وكتب على قوله يؤخذ به بعد العتق مانصه هذه الجملة وقعت صفة لنكرته وهي قوله مالا أي مالا غير واجب على العبد أدائه قبل العتق اه

(قوله فهو حال وان لم يسمه) يعني هو حال وان لم يسم حالاً ولا مؤجلاً اه (قوله كما اذا الزمه بالاقرار) أي بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى اه (قوله لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته) أي وعدم الاجل فكيف والعقد لا يصلح أجلاً لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلاً اه (قوله فصار كالمكفل عن غائب) أي حيث يسمع ويؤخذ به الكفيل حالاً ولا يجوز المطالبة الاصيل اه غاية (قوله أو مفلس) بنسبته الى المقتوحة اه غاية وكذا مانعه فلسه القاضي حيث تصح الكفالة ويؤخذ به الكفيل حالاً لعدم اعتبار الكفيل اه غاية (قوله وقام مقام الطالب) أي والطالب ما كان له مطالبته قبل العقد فكذا الكفيل اه (قوله احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك) (١٧٠) قال الكمال رحمه الله ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعين ينبغي أن يرجع قبل

العقد اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العقد فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحيث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه اه (قوله في المتن ولو ادعى رقبته العبد فكفل به رجل) أي كفل عن المدعي عليه بتسليم رقبته العبد رجل اه (قوله برئ الكفيل) قال الفقيه أبو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد ولو كفل بالدين الذي عليه في هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة الكفالة عن حر فلت الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل من كفالاته في قولهم جميعاً وليس بمنزلة من كفل بعمدة وقد روي عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز الكفالة اذا لم يكن لليت

فهو حال وان لم يسمه) المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا الزمه بالاقرار أو الاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاكاً ودبحة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤخذ بها في الحال وانما يؤخذ بها بعد الحرية فلو أن انساناً تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسره اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كالمكفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالاً لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العقد ان كان بأمره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عقده احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانياً أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه يجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله (ولو ادعى رقبته العبد فكفل به رجل فلت العبد يبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبداً لا وكفل بنفس رجل فلت العبد برئ الكفيل) والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفل به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما ينمى من قبل ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفل به حراً أو عبداً وفي الأولى تكفل عن ذي السيد بتسليم رقبته العبد لان المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان أثبت المدعي بالبينة أن العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها أن العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي السيد أو بشكواه لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقربه هو بنفسه قال رحمه الله (ولو كفل عبداً عن سيده بأمره فمعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عقده لم يرجع واحدهما على الآخر) ومعنى الاولى أن لا يكون على العبد دين لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين ألا ترى أن له أن يجعله بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ اقراره وله أن يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء أما كفاله المولى عن العبد فحجة كيفما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا أتى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقيق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر ديناً فلا تتقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجار فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيذاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

تركة وأما في هذه المسئلة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بعد موته اه اتقاني (قوله وفي الاولى تكفل) كتاب عن ذي اليد بتسليم رقبته العبد فاذا مات العبد فقام المدعي البينة بعد ذلك غرم المدعي عليه قيمة العبد وغرمها الكفيل أيضاً لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير فاذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد الخ) حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعي عليه ولا يلزم ذلك الكفيل اه غاية (قوله فحجة كيفما كانت) أي سواء كان عليه دين أو لا اه (قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع) أي لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بحال اه غاية (قوله فأجاز) أي المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيئاً لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيان

كتاب الحوالة

(قوله ومن شرائطها القبول) أي قبول المحتال اه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف كما في الكفالة) قال الكمال ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة أنه أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتترقب على إجازته إذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحل على غائب قبله فأجاز صحت اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبّع) رواه في الهداية بهذا اللفظ اه وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطلق الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبّع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فن رواية الطبراني بن أبي هريرة في الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلق الغني ظلم ومن أحيل على ملي فليتبّع ورواه أحمد وابن أبي شيبة ومن أحيل على ملي فليحتل قبل وقد يروى فإذا أحيل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطلق الغني ظلمًا فإذا أحيل على ملي فليتبّع (١٧١) لأنه لا يقع في الظلم والله أعلم ثم أكثر

اه. بل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب وعن أحمد الوجوب والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل نقل الدين شرعاً أو المطالبة فإن بعض الأملاء غشيه من اللد في الخصومة والتعسير ما تكره به الخصومة والمضارة اه فن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جع بين معنيين مجزأين للفظ الأمر في إطلاق واحد فان جعل للأقرب أضمر معه القيد والافهه دليل الجواز للاجماع على

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله (هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة) هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقاً على ما بينا قال رحمه الله (وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة بأجماع الأمة وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملي فليتبّع والأمر بالاتباع دليل الجواز ولأنه التزام ما بقدر على نسلمه فوجب القول بصحته دفعاً للحاجة وإنما اختلفت بالدين لأنها تنفي عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لأن الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر أثره في المطالبة فخار أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعاً وأما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وإنما اشترط رضاهما لأن المحتال هو صاحب الحق ويختلف عليه الذم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الإيفاء فتنهم من يحاطل مع القدرة ومنهم من يوفي ناقصاً ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فتنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ويساع ولم يذكر المصنف التحيل لأن الحوالة تصح بدون رضاه وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليقط دينه ونظرها الكفالة فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه قال رحمه الله (وبرئ التحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لأن المقصود بها التوثيق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبي ليلى يبرأ في الكفالة أيضاً اعتباراً بالحوالة ولنا أن الأحكام الشرعية تنبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق إلا بفرغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي أن يكون موجباً للضم الذمة إلى الذمة ويتحقق ذلك مع براءة ذمة الأصيل والاستيثاق فع بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الأملأ من التحيل وأحسن من التحيل في القضاء ولا يتمال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول إذا قضاها التحيل الدين كما لو قضاها الأجنبي لانه يقول الأجنبي متبرع والتحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن أجنبياً إذ قصد دفع الضرر عن نفسه

جوازها اه فتح (قوله وهو في الدين لا في العين) أي لأن العين لا تثبت في الذمة فلا يتأني نقلها من ذمة إلى ذمة فلم تصح الحوالة في العين اه اتفاقاً (قوله وأما العين فحسي الخ) ولا يقال إن الأوصاف لا تقبل النقل لانه قول أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها تبقى بعد البشارة اه مستصني (قوله لأن الحوالة تصح بدون رضاه) ذكره في الزيادات اه هداية (قوله وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه) أي لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو أي التحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلاً بإدفاع المطالبة عليه عنه في الحال وأجلاً بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع إلا بامر من حيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان (١) (قوله وقال زفر لا يبرأ) أي من الدين والمطالبة أيضاً اه فتح بمعناه (قوله لانه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى) أي لانه إنما انتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة فإذا توى يرجع فلم يكن التحيل متبرعاً في القضاء اه اتفاقاً

(١) هنا بياض بالأصل وكتب النسخ فيه لم يكتب الحسي فأرجع إلى النسخ الصحيحة لعلنا نجد ما سقط اه معجمه

(قوله ثم اختلفوا في البراءة) أي براءة المحيل اه (قوله وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين من الدين) اختياراً للذهب أبي يوسف (١٧٢) وإذا برئ عند أبي يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضاً عنده كما صرح ببراءته

منهما الشارح اه (قوله وقال محمد يصح) أي وعلى قول محمد يسقط دين المحال وتتنع مطالبته للمحال عليه حينئذ اه (قوله كان للراهن أن يسترد الرهن) سيأتي بعده هذا في كلام الشارح أنه ليس له استرداده والذي يأتي هو قول محمد اه (وقر ع) قال في السراجية رجل رهن عند رجل بمال فأحال الغريم بالمال على رجل فلم يرهن منع الرهن حتى يقبض في أصح الروايتين والمرتهن لو أحال غريمه على الرهن لم يكن له منع الرهن اه تارخان (قوله في المتن وهو أن يجحد الحوالة ويخلف الخ) قال الامام الاسيحاوي رحمه الله في شرح الطحاوي التوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه على وجهين أحدهما أن يموت المحال عليه مفسداً ولا يترك ماله معينا ولا ديناً ولا كفيلاً على المحال عليه للمحال له والثاني أن يجحد المحال عليه الحوالة ولم يكن المحال له ينفذ وحلف المحال عليه فقد برئ وعاد المال إلى المحيل ولا يكون التوى عند أبي حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوى

ثم اختلفوا في البراءة فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وغرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما إذا برأ المحال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني أن الراهن إذا أحال المرتهن بالدين على إنسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو برأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات أن البائع إذا أحال غريمه على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لأن مطالبته سقطت وكذا المرتهن إذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لأنه لم يمس له مطالبة بالدين وإن أحال المشتري البائع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا إذا أحال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لأن المطالبة باقية لأن المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ما ذكرناه إذا أحال مولا على رجل يعتق كما ثبتت الحوالة وإن كان المحال عليه نائباً عن المكاتب وإذا أحال المولى عليه رجلاً لا يعتق حتى يؤدى بدل الكتابة وإن لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والسرقة أن حربة المكاتب معلقة براءة ذمته وقد برئت إذا أحال المكاتب مولا على رجل وأما إذا أحال المولى عليه رجلاً لا يبرأ وأما الرهن فله وثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل إذا بطلت وكذا البيع يعلم أن حاله المكاتب مولا على رجل انما تجوز إذا كان له على الرجل دين أو عين وقيد به لأن المحال يكون نائباً عن المكاتب في القبض فيجوز وإن لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيد به لا تجوز لأن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكماً ولو صححت الحوالة بديل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وإن كان المولى هو الذي أحال غريمه على المكاتب لا يصح إلا إذا قيدها بديل الكتابة لأن مطلقها تبرع وليس المكاتب من أهله وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما إذا تكفل القن عن مولا على ما مر من قبل قال رحمه الله (ولم يرجع المحال على المحيل إلا بالتوى) وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لأن ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين إلى ذمته إلا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر وكلولي إذا اعتق عبده المدين فإن الغرماء يخبرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فإن اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً في المحال عليه إذا مات مفسداً يعود الدين إلى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لأن الذم لا يختلف في نفس الوجوب وإنما يختلف في الإيفاء فهذا هو المعام بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع ألا ترى أن البيع لما كان في العرف يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بأحالة هو فإذا فات الخلف رجع بالأصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فإن أحدهما ليس بخلف عن الآخر وإنما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من أيهما شاء فمياً خذ منه عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينا حتى ينقله إلى الآخر فافترا قال رحمه الله (وهو أن يجحد الحوالة ويخلف

على ثلاثة أوجه وجهان ما ذكرناه وجه ثالث وهو أن يحكم الحماكم عليه بالأداس كذا في شرح الطحاوي أما إذا ولا يجحد المال وخلف لأنه لا يقدر على مطالبته بعد البين لعدم البينة فقد توى الحق وكذا إذا مات مفسداً لأنه لم يبق له ذمة يتعلق بها الحق ولا تركه فسقط الحق عن المحال عليه فيثبت للمحال له الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط فلما تعذر

الاستيفاء موجب الرجوع وأما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذلك بناء على أن تفليس القاضي هل يضح أم لا وأبو حنيفة لا يرى ذلك وهما يريان أنه لا يجوز عن استيفاء حقه فصار كوت المحتال عليه ولا يبي حنيفة (١٧٣) أنه يجوز يتوهم ارتقاعه بمحدث

المال لأن مال الله غادر أئح
فلا يعود إلى المحيل كما قبل
التفليس بخلاف الموت لأنه
يجز لا يتوهم ارتقاعه
اتقاني رحمه الله (قوله
فالقول قول المحتال مع عينه
على العلم الخ) كذا
في الشافي والمبسوط وفي
شرح الناصح القول للمحيل
مع اليمين على العلم لا تكاره
عبدالدين اه فتح القدير
(قوله ولومات وترك رهنا
رهنة غيره) أن رهنة غير
المحتال عليه لأجل المحتال
عليه عند المحتال ثم مات
المحال عليه مقاسا يبطل
حكم الدين في الدنيا فيبطل
الرهن به حينئذ لأن الرهن
ولادين محال أما لو فرضنا
العين المرهونة ملك المحال
عليه لا يأتى ما قاله من موته
مفلسا اه (قوله في المتن
فان طلب المحتال عليه
المحيل بما أحال) أي إذا أراد
المحتال عليه بعد فضاء
الدين إلى المحتال له أن يرجع
بما أدى على المحيل فقال
المحيل ليس لك أن ترجع
علي لا في كنت أحلت عليك
بدين فقال المحتال عليه بل
لي أن أرجع عليك لا يقبل
قول المحيل والقول قول
المحتال عليه نص عليه في
كتاب الكفالة اه اتقاني
(قوله بل يستكرن القول

ولا يئنه عليه أو يموت مفلسا) أي التوى يكون بأحد هذين الأمرين إما أن يجحد المحال عليه
الحوالة ويحلف ولا يئنه للمحيل ولا للمحتال أو يموت مفلسا بان لم يترك ما لا عيننا ولا ديننا ولا
التوى هو العجز عن الوصول إلى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا إذا ثبت مرقته مقلد بانه مادة
اختلافه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر ألا خرف القول قول المحتال مع عينه على العلم لنفسه بالأصل
وهو العسرة كما إذا كان هو حيا وأنكر اليسر ولو فلسه الحيا كم بعدما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة
وقالا هو توى لأنه عجز عن الأخذ منه بتفليس الحيا كم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن
الاستيفاء بالخود أو يموت مفلسا ولا يبي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته وتعد الاستيفاء لا يوجب
الرجوع ألا ترى أنه لو تعد بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لأن التوى في الدين لا يتصور
حقيقة وإنما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا صالحا للوجوب بموته معسما أو بالخود
ولأن الإفلاس لا يتحقق عنده لأن المال غادر أئح عيسى الإنسان فقيرا ويصبح غنيا بالعكس ويحتمل أنه
استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا تطرأ بالوجرح الخصم بالشهود وأقام الينة عليه
لا يقبل لأنه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الإفلاس وعدمه
ولومات وترك رهنا رهنة غيره بأمره أو بغير أمره وساطة على البيع أو لم يسلطه يعود الدين إلى ذمة المحيل
لأن عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه وأثره بندين ولادين محال
بخلاف ما إذا ترك كفيلا بأمره أو بغير أمره لأن الكفيل خلف عنه قال رحمه الله (فان طلب المحتال
عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لا سبب الرجوع
تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره ف يرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لأنه
ينكر المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقراره بالدين عليه
ولا قبوله الحوالة يدل على أن عليه ديناً لأن الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه
بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة إذا المقيدة بوكيل بالادام والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين
عليه فيضمن له قال رحمه الله (وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي
عليك فالقول للمحيل) لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للنكر ولا يكون الاقرار من المحيل
بالحوالة وإقدامه عليها اقراراً منه بان عليه ديناً للمحتال لأن لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد إذا
صار مال المضاربة ديوناً وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له أحل رب
المال أي وكله فإذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل انه هو متمسك
بالأصل لأن فراغ الذم هو الأصل ولولم يدع الدين على المحيل بان ادعى أن الدين الذي على المحال عليه ضمن
ماله بأمره المحيل بطريق الوكالة منه وادعى أن الدين له ووصل إليه عين حقه لا يقبل قوله أيضاً إذا أنكر
المحيل ذلك لأنه لما أقره باليد والتصرف له في ذلك المال والإنسان يتصرف ظاهر نفسه لا يسمع أن ذلك
المال كان له بلا يئنه فيكون القول للمحيل قال رحمه الله (ولو أحال بماله عند زيد ودبعة صحت فان هلك
برئ) أي إذا كان له ودبعة دراهم عند شخص فأحال بها غيره صحت الحوالة لأنه أقدر على التسليم فكانت
أولى بالحوار فان هلك برئ لأن الحوالة مقيدة بما اذ لم يلتزم التسليم إلا منها بخلاف ما إذا كانت مقيدة
بالمغصوب حيث لا يبرأ به لأنه يخلف القيمة والقوات إلى خلف ككلا فرات حتى لو هلك المغصوب
لا إلى خلف بان استحق بالينة صار مثل الودبعة وقد تكون مقيدة بالدين فخاله أن الحوالة على نوعين
مقيدة ومطلقة فالمقيدة أن يقيد هابدين له عليه أو بعين في يده ودبعة أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسل

للمحيل) أي مع اليمين لأنه يشكر الدين اه غاية (قوله ولولم يدع) أي المحتال اه (قوله لأنه أقدر على التسليم) أي ليسر ما يقضى به
وحضوره بخلاف الدين عليه اه فتح

(قوله وقد استغنى عنه) أي بموته فإن لم يتركه وقام رجع الطالب على المحيل إلى أجله (قوله ولو أبرأ المحيل من الدين) أي إذا كان عند من الدين والعين) وقد قالوا لو أحال رجل رجلا على مال ثم إن المحيل تقدم المال الذي أحاله به جاز ولم يكن متبرعا فيما تقدم من ذلك وذلك لأن الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق (١٧٤) الحكم وإن برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع متروك فهو بالقضاء يقصد

أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعا كالأثر إذا قضى دين الميت وليس كذلك إلا جني إذا أدى المال لأنه لا يسقط عن نفسه حقا بالاداء فكان متبرعا قالوا فإن كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالة مطلقة ولم يقل أحلتك عليك بمالي عليك أو على أن تعطيه مالي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف المحيل وألف المحال ولكل واحد منهما أن يطالب بألف لأن صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين لأنهم يعلقها به وإنما تعلقت بذمته فبقى الدين بماله وصار كالو أحاله عليه بألف وفي يده ألف ودبعة فإن الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبة بها كذلك إذا كان عليه دين قالوا وإذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحال أو تصدق به عليه أو مات فورثه المحال عليه رجع في جميع ذلك على المحيل وذلك لأنه ملك ما في ذمته بهذه الأسباب فإذا ثبت له الرجوع في

الحوالة أرسله لا يفيد هاتشي مما عنده من ودبعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرناه والكل جائز لما ذكرنا من المعنى ولأن كلامهم ما يتضمن أمورا جائزة عندنا لا نفردوهي تبرع المحال عليه بالالتزام في ذمته والإبقاء وتوكيل المحال بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين إلى المحال فكذلك عند الاجتماع وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه إذا كانت الحوالة برضا وليس له أن يرجع قبل الاداء ولكن له أن يلزمه إذا لزمه وبجسسه إذا حبس حتى يخلصه كافي الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كافي الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لأنه خرج من بين وصار أجنيا ويحل بموت المحال عليه لأن الأجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لأنه يتعلق به حق المحال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة بطل حق المحال ولا يملك ذلك كما لا يملك إبطال حق المرتين بخلاف المطلقة لأنه لا يتعلق لحقه بالعين أو الدين بل يتعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذلك أخذ بخلاف المقيدة لأنه فيها لم يلتزم الاداء إلا منها قالوا أخذ به بطل حقه ولو أبرأ المحال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالرهن إذا أبرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له أن يرجع بذمته لأن المحال عليه ملكه بالهبة وكذا إذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحال وهو القياس لأن حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالأجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالحارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولئن كان ملكه ما يتعلق بحق المحال سابق فصار كالرهن يختص به المرتين لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا أن هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه بد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لأنه لم يملكه المحال لأن عليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا الوتوى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه أيضا بد الاستيفاء لأن ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وإنما يمكن للمحيل أن يأخذه لأن المحال عليه لم يقبل الحوالة إلا ليمتلك ما في ذمته أو ليوفي من ذلك المال فلما أخذه يفوت الرضا فيبطل الحوالة بخلاف الرهن لأنه ثبت عليه بد الاستيفاء ولهذا الوهالك يملك على المرتين فكان هو أحق به وكان ينبغي للمحال أن لا يكون له حق المزاجعة لأن دينه تحول إلى ذمة المحال عليه فلا يراحم غرماء المحيل كما إذا كانت الحوالة مطلقة وإنما ثبت له حق المزاجعة لأن الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فإذا أخذ منه ذلك المال فإن الرضا بالحوالة فيبطل الحوالة فيعود الدين إلى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسئلة الودبعة والغصب ونحوهما بخلاف ما إذا كانت مطلقة لأن المحيل بالحوالة برئ من دين المحال وصار المحال من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يراحم غرماء المحيل وإذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحال على المحيل بحصة الغرماء لأن الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا فليس له أن يرجع عليه به كالأستحق الرهن ولا يباقي من دينه بعد الخصاصة لأنه صار ناويا فلا يرجع به على أحد

الاداء فكذلك في جميع الأسباب التي يملكها ولو أبرأ المحال المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لأن البراءة إسقاط وليست بتعليك ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اه أقطع رحمه الله (قوله وكذا إذا ورثه) أي ولو لم يكن للمحيل على المحال عليه دين ينعكس الجواب في الهبة والأثر يرجع وفي الإبراء لا يرجع اه كافي (قوله ولو مات المحيل) أي وعليه ديون قبل أن يقبض المحال دين الحوالة فالدين الذي عليه للمحيل بين غرماء المحيل والمحال أسوة الغرماء فيه اه معراج الدراية

(قوله في المتن وكره السفاح) قال في الفتاوى الصغرى السفاح ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها إلى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك اذا قال اكتب لي سقجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خيفه وقال في كفاية البيهقي وسفاح التجار مكرهه لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفحة فلا بأس هكذا روى عن ابن عباس والاصل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر تقعا ولانه تمليك دراهم بدراهم فاذا شرط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل والتأجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر الا أنهم استحسنوا فقالوا لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما ورد القدر في هذه المسئلة في هذا الباب لانهم معاملة في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام نور الدين الكردي أنه قال انما ورد في الحوالة لانه حال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة اه اتقاني رحمه الله (قوله وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به) قال الكمال ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا (١٧٥) ولا متعارفا وانما ورد هذه المسئلة هنا لانهم معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اه وكتب على قوله فلا بأس به ما نصه روى عن ابن عباس ذلك ألا ترى أنه لو قضاه أحسن محاله عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا اه كمال

قال رحمه الله (وكره السفاح) وهو قرض استفاد به القرض أمن خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرد عليه في موضع الامن وهو تعريض بسفته وسفته شيء محكم وسمى هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قرض جر تقعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به والله أعلم

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم

وعليهما مسرودتان قضاهما * داودا وصنع السوابغ تبع

أى أحكم صنعهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه أفضل العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحكام فائبا عن الله في أرضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يعمل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولو لا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله (أهل الشهادة) لان كل واحد منهم ما يبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم يحكمه يلزم الخصم ومن صلى شاهدا صلح قاضيا فكأنما من باب واحد فيستفاد أحدهما من الآخر قال رحمه الله (والفاسق) أهل القضاء كما هو أهل الشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلدوا لو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة فينزل ويستحق العزل واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا الوقضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو لا ذلك وهو عدل ينزل بالفسق لان المقلد اعتمد

كتاب القضاء

(قوله في الشعر أو صنع) امرأة صناع اليدين أى حاذقة ماهرة بعمل اليدين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع اليدين وصنع اليدين أيضا بالكسر أى صانع حاذق وكذلك رجل صنع بالتحريك قال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما * داودا وصنع السوابغ تبع هذه رواية الاصمعي ويزيد أوصنع السوابغ اه صحاح (قوله في المتن أهل الشهادة) قال القدوري في مختصره ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة قال الاتقاني وانما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لان القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضاء أولى اه (قوله في المتن والفاسق أهل للقضاء) كما هو أهل الشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلد أى كافي حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جازت عندنا اه هداية (قوله وكذا الوقضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى) ذكر الاستروشنى اذا ارتشى الثاني وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البرزوي أنه ينفذ قضاؤه فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضايه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذت من الآية السر خسى وهو اختيار الخفاف وان ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بامر ورضاه فهو وما ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشى رد ما قبض الى هنا لفظ القصول اه اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح) قال في خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينزل بالفسق ثم قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد أنه متى جار ينزل وعند الشافعي ينزل والامام بصير اماما مع الفسق ولا ينزل بالفسق بلا

مخلاف الى هنا لفظ التلازمة اه غايه (قوله في المتن والفاسق يصلح مقبياً) قال أبو العباس الناطقي في آخر أدب القاضي من كتاب
الاجناس الفقيه اذا كان فاسقاً هل يجوز (١٧٦) أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع في فوائده سمعت

عدالتهم فلم يكن راضياً دونها كالعبد المأذون له في التجارة اذا أبى ينزل ولو أذن له وهو أبى جاز وعن
علمائنا الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضياً والظاهر هو الاول وأن العدالة شرط الاولوية وكذا
الاجتهاد حتى لو ولي الجاهل القضاء صح وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يكون عالماً عادلاً مأموناً
لقوله عليه الصلاة والسلام القضاء ثلاثة قاضيان في النار وقاض في الجنة الحديث ففسر القاضيين
أحدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالِم يحكم بالحور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولأنه مأمور
بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفساً الا وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا أن
المقصود ائصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل يقتوى غيره ولا حجة له في الحديث فإنه عليه الصلاة
والسلام سماه قاضياً ولولا أن التولية تصح لاسما قاضياً ولأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا
حكم من تغلب من الامراء وجاروا وتقلدوا منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك
قال رحمه الله (والفاسق يصلح مقبياً وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات
وجه الاول أنه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ قال رحمه الله (ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً
عنيداً وينبغي أن يكون موثقاً به في عفاقه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثر ووجوه الفقه)
ويكون شديداً من غير عنف ليناً من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايقال الحقوق الى
مستحقها واقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان
أعز وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى وينبغي للولي أن يتفحص في
ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلداً انساناً عملاً وري عيسته من هو أولى منه فقد خان
الله ورسوله وجماعة المسلمين قال رحمه الله (والاجتهاد شرط الاولوية) لانه أقدر على الحكم بالحق
واختلفوا في حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمها علم ما يتعلق به
الاحكام منها ومعرفة الاجماع والقياس ليكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها
بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخراجها المجتهدون بربا رأيهم وقال بعضهم يشترط مع هذا
أن يكون عارفاً بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين وقال
بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد والاشبه أن يقال أن يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه يعرف معاني الآثار وأصاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس
في المنصوص عليه وقيل لا يجمع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيراً
من الاحكام تبني عليها قال رحمه الله (والمفتي ينبغي أن يكون هكذا) يعني في العلم والامانة لانه أقدر
على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماماً في دينه عند تجديد الحوادث فيكون كلامه أو ثق فيعتمد
عليه قال رحمه الله (وكره التقليد لمن خاف الخيف) أي الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال
رحمه الله (وان أمنه لا) أي ان أمن الظلم لا يكره التقليد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين
وعلماءهم تقلدوه وكنى بهم قدوة قال رحمه الله (ولا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب
القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يستدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه
فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل في القضاء مختاراً القول عليه
الصلاة والسلام من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولان القضاء بالحق لا يمكنه الا باعوان وقد
لا يعينه عليه أحد وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء

بشر بن غياث يقول أرى
الجزع على ثلاثة فقيه فاسق
وطبيب جاهل ومكارم فليس
وقال محمد بن شجاع في قول
نفسه لا يأمن بأن يستفتى
من الفقيه الفاسق لانه
يكره أن يخطئه الفقهاء
فيجيب بما هو الصواب اه
غايه (قوله في المتن ولا ينبغي
للقاضي أن يكون فظاً) أي
جافياً اه (قوله غليظاً)
أي شديداً في الكلام
متفاحشاً اه (قوله جباراً)
أي متكبراً مقبلاً بغضب
اه (قوله عنيداً) أي
معانداً عنيفاً لان المقصود
من القضاء دفع الفساد
وهذا الاشبه بعينه فساد
اه عني (قوله والمراد
بعلمها علم ما يتعلق به
الاحكام) أي ولا يشترط
أن يكون عالماً بجميع ما في
الكتاب والسنة اه
اتقاني (قوله كيلا
يشتغل بالقياس في
المنصوص الخ) والتفاوت
بين العبارتين أن الاول
مشتتر بالحديث وله فقه
أيضاً والثاني مشتتر بالفقه
وله بصير بالحديث أيضاً
اه غايه (قوله وكل الى
نفسه) على صيغة المبني
لا محول بتخفيف الكاف
أي فوض أمراً اليها ومن

أيسوا

فوض أمراً الى نفسه كان مخذولاً غير مرشد للصواب لكون النفس أماراً بالسوء اه اتقاني (قوله)

وقد لا يعينه عليه أحد) قال في الهداية والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزمة فاعله يخطئ ظنه
فلا يوفق له اه

(قوله في المتن ويجوز تقلد القضاة من السلطان العادل والجائر) قال الاتقاني وإن كان قاضي الخوارح من أهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع إلى قاضي العدل أمضاء ويجوز قضاؤه بين الناس لأن شريحاً كان يتولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بني أمية وكانوا خارجين على إمام الحق ولم يرو عن أحدهم أهل الحق أنه فسخ قضاءه وكذلك غير (١٧٧) شريح يتولاهم ولم يرو عن أحدهم الأئمة

نقض قضائهم فدل على أن القاضي إذا كان عادلاً في نفسه لا يعتبر فسق من ولاه اه (قوله وكان الحق يدعى الخ) قال في الهداية والحق كان يدعى في نوبته قال الاتقاني رحمه الله وإنما قيد بنوبته احتراماً عن قول الرافض لعنه الله فانهم يقولون فالحق كان يدعى رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين فوله ما تولى ونص له جهنم وهذا لان خلافهم انعقد عليها إجماع الصحابة ولم يرو عن علي خلاف ذلك اه (قوله الا اذا كان) هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اه (قوله فان حضر والا فني رأى القاضي أن يطلقه) من كلام المنادي اه (قوله أن يطلقه) أي ينادي كذلك أياً ما رآه (قوله والا) أي أخذ منه كفيلاً أي بنفسه اه وكتب ما نصه لجواز أن يكون له خصم غائب يحضر ويدعى عليه

أي سواء من نبوته فهذا دليل على أنه مسقطه وإن تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفع الظلم الظالمين قال رحمه الله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغي) لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان الحق يدعى يومئذ وقد قال علي رضي الله تعالى عنه اخواتنا بغوا علينا وعلماؤنا السلف تقلدوه من الخجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رحمه الله (فإن تقلد بسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الاوصياء والقضاة في الاوقاف وتقدير النفقات المقررة لان الديوان وضع ليكون جهة عند الحاجة فيجعل في يده من ولاية القضاء وهذا لان القاضي يكتب نسختين احدهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغير بزيادة أو نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تديناً لا تمولاً فيجب تسليمه اليه ويثبت عدلين من أمثاله أو عدلاً واحداً أو اثناً أحوط لقبض ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيئاً فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعها في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في أموال اليتامى يجمعها في خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات يجمعها في خريطة أخرى وما كان من نسخ قبض الاوقاف يجمعها في خريطة وما كان من الصكوك يجمعها في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشبهه عليه متى احتاج الى نسخة منها فأما الجديد فيشبهه عليه ولم يجمع كل نوع منها في خريطة وبالجمع يسهل وانما يسألان المعزول وإن لم يكن قوله حجة لينكشف عنهم ما أشكل عليهم ما فاذا قبض ذلك ختموا عليه فخرجوا عن التغير قال رحمه الله (ونظري حال المحبوسين) أي القاضي الجديد ينظر في حالهم لانه نصب ناظر المسلمين (فن أقر بحق أو قامت عليه البينة الزمه) لان كل واحد منهما ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى أنه حبس ظلماً لا يجهل بتخليته قال رحمه الله (والانادي عليه) أي ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يجهل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه اذا جلس للحكم أياً ما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر وانقضى رأى القاضي أن يطلقه فان حضر له خصم فيها والا أخذ منه كفيلاً وأطلقه والفرق لا في خيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيلاً اذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة ظهر حقهم في المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسئلة ان القاضي لا يحبس الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيجعل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله (وعمل في الودائع وغلات الوقف بينة أو اقرار) لان كل واحد منهما ملزمة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال رحمه الله (ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذل أو يبدأه سلمها اليه فيقبل

(٢٣ - زيلعي رابع) اه قال الاتقاني وإن قال لا كفيلاً في أول ما أعطى كفيلاً فانه لا يجب على شيء نادى عليه شهر ثم تركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه اعطاء الكفيل وانما طلبه القاضي به احتياطاً فان لم يعطه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادي عليه شهر اذا مضى المدة أطلقه اه

قوله فيهما) أي في الودائع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالربا فلا يقبل قوله إلا أن يعترف الذي في يده أن القاضي سلمها إليه فقبل قوله فيهما لأنه ثبت بإقراره أنه مودع القاضي ويد المودع كيدته فصار كأنه في يده فيقبل إقراره به إلا إذا بدا صاحب السبد بالاقراء لغيره ثم أقر بتسليم القاضي إليه والقاضي بقره لغيره فيسلم إلى المقر له الأول ويضمن المقر قيمته للقاضي بإقراره الثاني والمسئلة على أربعة أوجه أما أن يقر بأنه سلمه إليه بعدما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فكهما ما ذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه إليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل إقراره الثاني لأنه لما أقر بأن القاضي سلمه إليه صار كأنه في يد القاضي والرابع أن يقر بأن القاضي سلمه إليه ثم يقول لا أدري لمن هو فكيف ظاهر قال رحمه الله (ويقضى في المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والمناض وهو ممنوعة من دخوله ولأنه بخلاف كراهة تعالى ولا قامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولأن الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوات ولأنه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة في حق القاضي فكان أولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك في اعتقاده والحائض تحبب بحالها لأنها مسلمة فيخرج لها القاضي كما إذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لأنه أشهر وأسهل على الناس إذا كان وسط البلدة وان كان في الطرف يختار مسجدا آخر في وسط البلدة قال رحمه الله (أو في داره) لأن الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز أن يحكم في منزله فإذا جلس للحكم في منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحد من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا بأس به إذا كان منزله في وسط البلدة والأقلية في وسط البلدة لئلا كرها فاصله أن الجالوس للحكم أن يكون في أشهر الأماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا ثواب أفضل ولو حكم في أي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لأن الرأي لا يجمع وهو مشغول بالمشي ولا بأس بأن يقعد في الطريق إذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ لأنه يزيد في الرأي لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوي الجالوس أفضل تعظيما لأمر القضاء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استفتى عن مسألة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعم ثم أفتى تعظيما لأمر الفتيا ولا يجلس وحده لأنه يورث التهمة وإن جلس وحده فلا بأس به إن كان عالما بالقضاء وإن كان جاهلا يستحب له أن يقعد معه أهل العلم لأنه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريباً منه للشورة وكذا أهل العدل الشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيداً عنه لأنهم لأجل الهيبة وهو أهيب قال رحمه الله (ويرتديه إلا من قريبه أو من جرت عادته بذلك) لأن الأولى صلة الرحم وردّها قطعية وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لأجل القضاء وانما هي جرى على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة رده لأنه لأجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لأنها تشبه الرشوة فيتنجب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال رحمه الله (ودعوة خاصة) أي لا يحضر دعوة خاصة لأنها جعلت لأجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها ولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما إذا جرت له عادة بها أو لم تجر وقال في الكافي وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة ينجبه في الدعوة الخاصة لأن اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخفاف بلا خلاف وذكر الطحاوي أن علي قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للأجنبي إذا لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء فعلى هذا الفرق بينهما وبين الهدية وهو القياس قال رحمه الله (ويشهد الجنات

(قوله والقاضي بقره لغيره) أي لرجل آخر غير الذي أقر به الأمين اه (قوله ويضمن المقر قيمته للقاضي بإقراره الثاني) أي ويسلم المقر له من جهة القاضي كذا في بعض نسخ الهداية وكذا ذكر ابن الهمام اه (قوله فكيف ظاهر) أي وهو كونه لمن أقره المعزول اه (قوله فاصله أن الجالوس للحكم أن يكون الخ) قوله أن يكون في تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره قوله بعد أفضل أي كونه في أشهر الأماكن أفضل والجملة من المبتدأ والخبر في محل رفع خبر أن وان واسمها وخبر ما في محل رفع خبر قوله فاصله والله الموفق (قوله في المتن ودعوة خاصة) الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تكسر دالها وذ كرها فطرب بالضم وغلطوه اه تحرير

ويعود المريض لقوله عليه الصلاة والسلام للسلام على المسلم ستحقوق اذا دعاه أن يجيبه واذا عرض أن يعود واذا مات أن يحضره واذا قبضه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشتمه وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يبطئ مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع أحد لا يعود قال رحمه الله (ويسوي بينهم ما جالسوا واقبالا) أي يسوي بين الخصمين في الجالس لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتتكرهمة صاحبه فيؤدى ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي القاضي أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتنيان وان فعل ذلك منعا تعظيما لمر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء أو رفع صوت ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لان جانب اليمين أفضل فيكون تقدما له على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوي فيه بين الأب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدنيا والشريف وهذا دليل على ان للقاضي أن يقضى على الملك الذي ولاه القضاء وكذا فعل شرح ربيع رضي الله تعالى عنه بعلى مع خصمه واحدا من الرعية وعلى خليفة رضي الله تعالى عنهما فاذا سوي بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل الى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرته عليه كما في القسم بين نسائه قال رحمه الله (وليتق عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته) أي يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر ولو أضافهما جلة فلا بأس بوجود التسوية بينهما قال رحمه الله (والمزاح) أي يجتنب المزاح مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فاصله أنه لا يكلمهما بغير ما تقدم الى لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا حضر افهوا بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال مالكوا وان شأتر كهما حتى يبدأ بالمنطق وهو أحسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قد عدل قطعها واذا تكلم المدعى أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعى ذلك وقبل من غير طلبه لانهما اذا تكلمتا جلة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصيح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وأنكر المدعى عليه سأله البينة فان عجز عنها استخلف المدعى عليه ان طلب المدعى عينه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب محبتهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل في ذلك أمينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال في زوجة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لأحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أي يجتنب تلقين الشاهد أيضا لان فيه اعانة لأحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كالتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد للمهابة المجلس فكان في تلقينه إحياء الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحياولته منه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضاء والعزيمة فيما لا لانه لا يتخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس **✽** ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعائه والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضاء وجعله من جلته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق أو يتقوا من الارض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا له في مملوك وأما الاجماع فلان الصحابة رضي الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجعوا عليه الا أن في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله تعالى عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والاهليز وبالربط ولما كان في زمن

(قوله ويسوي بينهم ما جالسوا واقبالا) قوله واقبالا لا ساقط في خط الشارح ولكن ثابت في نسخ المتن وهو ملحق لا بد منه (قوله الذي) يعني الذي كذا في شرح العيني (قوله واشارته) أي بيده أو عينه أو حاجبه اه (قوله واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة) أي كما اذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلا اما في موضع التهمة فلا كما اذا ادعى المدعى ألفا وخسمائة فشهد الشاهد بألف فلحقه القاضي بقوله يحتمل أنه أبرأه عن خسمائة فتلحق الشاهد ذلك ووفق اه

فصل في الحبس **✽** (قوله وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا له) لعنه يشير الى ما أخرجه البيهقي في سننه من حديث أبي مجزل وليس بعكابي بل تابعي واسمه لاحق بن بن حديد ان عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنمة له فهو مرسل ويمكن في وجه حبسه أن يقال انه لزمه ضمان ما ألتفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنمة له ودفع قيمة نصيب صاحبه اه

(قوله مخيسا) ذكر في المغرب في باب الخلاء المجمة مع الياء آخر الحروف اه قال الجوهرى وخيسه مخيسا أى ذله ومنه الخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أى موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضا اه (قوله وقال فيه شعرا) أى على رضى الله عنه اه (قوله في الشعر الأترانى الخ) أنشد في الصحاح أما ترانى في موضعين في خيس وكيس ولم يعزه لاحد اه (قوله في الشعر أيضا مكيسا) قال في المغرب في الكاف مع الياء الكيس الطرف وحسن التأني في الأمور ورجل كيس من قوم أكياس والمكيس المنسوب الى الكياسة اه وقال في الصحاح والرجل كيس مكيس أى ظريف (قوله في (١٨٠) الشعر أيضا بنيت بعد نافع مخيسا) بعدهذا كلام ليس في خط الشارح وهو بابا حصينا وأميننا

كيسا اه قوله وأميننا أى ونصبت أمينا بمعنى السجان اه (قوله ولا تثنى ذاك في الاقرار) أى لأنه كان طالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه اه (قوله حتى يسأله) أى يسأل القاضى المدعى عليه ألك مال اه (قوله وديون النفقات) أى لا يجبس في ديون نفقة الزوجات ان ادعى الفقر والمراد النفقة المقضى بها والتي تراضيا عليها لان النفقة لا تصير ديناً الا بذلك وفهم من قول المصنف ان ادعى الفقر أمكان لم يدع الفقر يجبس كما لو أثبت غريمه غناه كما نص عليه في المتن أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا يجبس فيها مطلقاً ثم يجبس الرجل في نفقة زوجته الحاضرة اذا امتنع من الاتفاق عليها كما سيحى ممثنا وشرحا فان قلت قول الشارح فيما سأتى في قوله بخلاف النفقة الماضية فإنها تسقط بمضى الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطح الزوجان عليها فإنها ليست ببديل عن مال ولا لزمته

على رضى الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعاً ولم يكن حصينة فانفلت الناس منه وبني حصناً آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

الأترانى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله (واذا ثبت الحق للمدعى أمره يدفع ما عليه فان أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المجهل وما التزمه بالكفالة) معناه يجبس في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد اذا طلب المدعى حبسه بعد إيبائه من الدفع البسه لانه لا باظهار مظهره وبالمال الذى حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لا تائقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالثقل فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره مالا يقدر عليه عادة فاذا أظهر مظهره مع القدر فهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مظل الغنى ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الا بآء بعد أمره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه بينة أو اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالينة يجبس كما ثبت لظهور المظل بانكاره وان ثبت باقراره لم يجبس بحبسه لانه لم يعرف كونه مما طلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستعجب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مظهره ومثله حكى عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الأئمة السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالينة يعتذر فيقول ما علمت أن له على ديننا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا تثنى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فإنه يؤمر بالايقام مطلقا لانه محتمل أن يوفى فلم يجبس بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة بذلك والصواب لا يجبس فيما اذا طلب المدعى ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مظهره وان أنكر المال والمدعى يقول له مال فالقاضى يقول للمدعى ألك بينة أن له مالا فان أقام البينة ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة والمدعى يدعى أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعى فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله (لا في غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أى لا يجبس في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل أروش الحنايات وديون النفقات وضمن الاعناق لان ذلك مما ليس ببديل مال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا أن يثبت المدعى المال بالبينة فيثبت بحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذا لاصل ان الادعى يواد فقير الا مال له والمدعى يدعى أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع عيئته مالم يكذب الظاهر الا أن يثبت المدعى بالبينة أن له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذب لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المجهل الذى يجبس فيه ما تعرف تعجيله والرائد عليه لا يجبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة وان كان مالا فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه واختار الخصاص أن القول للدين في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعى يدعى عارضا فلا يسمع قوله وهو مروى عن أصحابنا واختار أبو عبيد الله الشلبى أن لكل دين أصله مال كثن المبيع وبديل القرض

بعقد على ما بينا ظاهري أنه لا يجبس في النفقة التي قضى بها أو تراضيا عليها قلت هو محمول على ما اذا ادعى الفقر توفيقا قال قول بينه وبين ما ذكره هنا اذ لو لم يحمل وفهم على اطلاقه من عدم الجبس لناقض قوله لا في غيره ان ادعى الفقر وقد قال في الظهيرية واذا فرض القاضى النفقة ولم يعطها وقدمته الى القاضى مرارا ولم يتبع نص القاضى فيه حبسه اه فهذا كما ترى صريح في الجبس في المقضى بها لكنه محمول على ما اذا لم يدع الفقر أو ادعاه وعلم القاضى بساره وقال الامام البيهقي في الكفاية امتنع عن النفقة بعد الفرض لم يجبسه أول مرة بل يحبره بالحبس ان لم يدفع اه كذا بخط الشيخ الشلبى (قوله الشلبى) هو محمد بن شعاع صاحب الحسن بن زياد اه

فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن أصلا مالا كالمهر وبديل الخلع وما أشبه ذلك كان القول فيه قول المدعي عليه لانه لم يدخل شي في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالأصل وهو مروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول فيه قول المدعي عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بما قدته كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلزم مالا بقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالأصل وذكري كتاب النكاح أن المرأة اذا ادعت أن الزوج موسر وطلبت نفقة المוסرات وادعى هو الفقر كان القول قوله وذكري كتاب العتاق أن أحدا الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وزعم أنه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان تخرجان على الأقوال كلها ولا تخالفان شيئا منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقوال وقيل وقال أبو جعفر البخني يحكم الرعي فان كانت هيئته هيئة الفقراء يعني المسدين كان القول قوله وان كانت هيئته هيئة الأغنياء كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبس بما رأى أي يحبس بما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي أو في غيره ولكن المدعي أثبت المال بالينة أو بنكول المدعي عليه أو بإقراره وهذا يشير إلى أنه ليس لحبس مدة مقدرة وانما هو مفوض إلى رأي القاضي يحبس حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لا يظهره ولم يصبر على مقاساة ذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلامعنى تقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث أو أقل أو أكثر اتفاق وليس بتقدير حتما قال رحمه الله (ثم يسأل عنه) أي القاضي يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه إلى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان أحوط وكيفية أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اخترنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضي عن حال المدين بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان القاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط قال رحمه الله (فان لم يظهر له مال خلاه) لان عسره ثبتت عنده واستحق النظر إلى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فحبسه بعدد يكون ظنا قال رحمه الله (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منتظر بانتظار الله تعالى إلى الميسرة فلو كان منتظرا بانتظارهم بان ضربه قاله الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانتظاره تعالى بل أولى ولكأنقول هو منتظر إلى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب فوق حاجته الدارة فيأخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له أن يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على أدائه لانه مؤخر وفيما نحن فيه نفق الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسره وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه قال رحمه الله (وردا لينة على افلاسه قبل حبسه) لانها يينة على النفي فلم تقبل ما لم تأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد رحمه الله أنها تقبل وبه كان يفتي الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وكافة المشايخ على الاول قال رحمه الله (وبينة اليسار الحق) يعني اذا أقام المدعي البينة على اليسار وأقام المدعي عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لان اليسار عارض والبينة للثبات قال رحمه الله (وأبد حبس الموسر) لان الحبس براء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين فانه يحبس ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال نضر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا فأقر عند القاضي وظهر للقاضي بخوده عند غيره ومما طلته أو ظهر له مما طلته بعد

ما أقر عند غيره فحينئذ يحبس له امر قال رحمه الله (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الاتفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بعضى الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانهم ليست يبدل مال ولا زنته بعقد على ما بينا قال رحمه الله (لا في دين ولده) أى لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف أمه الميثة بطلبه قال رحمه الله (الا اذا أبى من الاتفاق عليه) يعنى لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الاتفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قضاها فلا كراهية فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شمر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بعضى الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بعضى الزمان فلا يخاف فيها القنات وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجنب فلا يمنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس يبدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بحبس حقه فلا يأخذ بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له أن يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبى عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما أتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمطالبة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالمًا بالامتناع عن بدل الكتابة لئلا يمتنع من فسخ الكتابة من غير رضاه مولاه ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالمًا بامتنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضا لانه يتمكن من الاسقاط أيضا بان يعجز نفسه فيرتقية فيسقط عنه دين المولى فصار كبديل الكتابة ألا ترى أن الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز بدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبى والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطأ ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا للحج فرض ولا لحضور جنازة ولو أعطى كفيلا ولا لجمي ربه صان ولا لالاعباد ليضجر قلبه ويوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقراءة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهره وان مرض مرضا أضره فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للعاجلة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان في السجن موضع يستتره لان اقتضاء شهوة الفرج كقتضاء شهوة البطن وقبل يمنع لان الوطأ من فضول الخوايج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يؤتى الى الهلاك وهو يحرص له تناول مال الغير حالة الخصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول فراشه وجريانه عليه لانه يحتاج اليهم للشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

(قوله وانما أوردته فيه لانه من عمل القضاة) أى بولكنه يحتاج الى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اه (قوله) فى المتن ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حدود (قوله) وذلك لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان الفروع يتقلون بشهادتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز فى الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضى فيه لان فيه شبهة البدلية والحدود والقصاص يسقط بالنسبات ولان الكتاب قد يروى لانه الخط قد يشبه الخط فيمكن نوع شبهة اه اتفاقى

باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما أوردته فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال رحمه الله (ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حدود) وهذا استحسان والقيام أن لا يجوز لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه ما فى الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لان الكتاب قد يروى والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما روى أن عليا كرم الله

(قوله يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي بقي به) قال الاتقاني وقال الصذر الشهيد في كتاب أدب القاضي وروى عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يجوز في جميع العروض وبه أخذ مشايخنا المتأخرون وقال في شرح الطحاوي وقال ابن أبي ليلى يقبل في جميع ذلك أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا التعامل الناس اه (قوله وعنه أنه أجاز في الأمة أيضا بشرائطه) قال في الهداية ويختص بشرائط قال الاتقاني أي يختص كتاب القاضي إلى القاضي بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم أعني أن يكون القاضي المكتوب منه معلوما والقاضي المكتوب إليه معلوما والمدعي به معلوما والمدعي عليه معلوما اه وكتب مانعه قال في الهداية وعنه أنه يقبل فيما بشرائط تعرف في موضعه قال الاتقاني وموضعه كتاب الأباقي من المبسوط وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ونسبته للذي أخذه وانضم في عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ما قال في شرح الطحاوي وانما يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الدين والعين الذي لا يحتاج إلى الإشارة إليه كالأر والفقار وأما المنقول الذي يمكن الإشارة إليه لا يقبل عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف مثل ذلك لا في العبد (١٨٣) والآن إذا أتى فأخذني ببلدة فأقام

صاحبه البينة عند القاضي أنه عبده أخذه فلان في مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيصحب عليه أن يكتب إلى ذلك القاضي أنه قد شهد الشهود عندي وزكوا أن عبداً صفته كذا أخذه فلان بن فلان وأنه لفلان بن فلان ونسبهما إلى أبيهما وإلى أخذهما ويقطع الشركة بينهما وبين الآخر ويكتب العنوان في الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب إليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج فإذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم في عنقه وأخذ منه كفيلاً ثم يعثبه إلى القاضي الذي كتب إليه أول مرة فإذا ثبت عنده قبله وقضى

وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس إليه لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهود موثقة ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى مجلوساً بين يديه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة إليه لأننا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك لا سيما إذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضاً إذا كثرت الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لأنه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه إلى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه بحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حدود قد يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاء والوراثة والقتل إذا كان موجبا للمال والتسبب من الحي والميت والغصب والأمانة المجموعة والمضاربة المجموعة والأعيان المنقولة كالعبد والحارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذي يفتى به الضرر وروى في ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرهما من الحقوق لأنها تعرف بالوصف إذ لا يمكن الإشارة إلى الدين وأمثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج إلى إحصائه إلى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لأن نفس المرأة ونفس الرجل وانما هما كالأثاث والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه إلى الإشارة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز في العبد دون الأمة وغيرهما من المنقولات لغلبة الأباقي فيه ولتعذر دفع الأمة إلى رجل لم يحكم له بالملك لينقلها إلى الكاتب وعنه أنه أجاز في الأمة أيضاً بشرائطه وهي أن يكلف المدعي أنه كان له عبد أتى وهو اليوم في يد فلان ويعترف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمه ويكتب القاضي ويذكر أنه شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان خطبه كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمه كذا ملك فلان المدعي هذا وقد أتى إلى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فإذا وصل الكتاب إليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشرائطه على ما يجب يسلم العبد إلى المدعي من غير أن يقضى له بالملك لأن الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وبأخذ

به وسلم العبد إلى الذي جاءه بالكتاب وأبراً كفيه إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك في الأمة أيضاً على رواية قبول الكتاب في الأمة وهو معنى قوله يقبل فيما بشرائط تعرف في موضعه اه قال في خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضي المكتوب إليه ونسبه ولكنه كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب إليه ونسبه ثم كتب إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز فإن كل قاض وصل إليه عمل به ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله وإن كتب فيه تاريخاً ينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا ولا يكتب بالشهادة إذا لم يكن مكتوباً وكذا كونه كتاب القاضي لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الطحاوي وكتاب القاضي إلى القاضي في حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جاز لا في الحدود والقصاص لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص لا تقبل وقال في خزانة الفقهاء يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى

قاضي دستاق ولا يجوز من قاضي دستاق الى قاضي مصر اه اتقاني رحمه الله قوله قال في الهداية وعنه أي عن أبي يوسف اه
(قوله في المتن فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) قال الاتقاني قوله حكم بالشهادة هذا لفظ القدوري في مختصره ونظامه فيه
وكتب بحكمه وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب اليه الى هنا لفظ القدوري وذلك لان الشهادة
لا تصح الا على خصم فاذا كان الخصم (١٨٤) حاضرا حكم عليه لوجود الحجّة وكتب بحكمه الى القاضي وهذا الكتاب يسمى

مجلدًا واذا لم يكن الخصم
حاضرا يسمع الشهادة ولا
يحكم بها ويكتب بما سمعه
من الشهادة الى القاضي حتى
يحكم القاضي المكتوب
اليه بذلك اذا ثبت عنده انه
كتاب القاضي الكاتب وهو
بمنزلة نقل الشهادة وهذا
الكتاب الى القاضي يسمى
الكتاب الحاكم لانه
يكتب ليحكم به القاضي
المكتوب اليه اه وكتب
على قوله فان شهدوا على
خصم حاضر الخ مانصه قال
الكافي المراد بالخصم هنا
الوصيل عن الغائب
أو المضر الذي جعل وكيلًا
لإثبات الحق عليه وان لم
يكن هو وكيلًا عنه في
الحقيقة اذ لو كان المراد هو
المدعي عليه نفسه لما احتج
الى كتاب القاضي الى القاضي
اذا الحكم يتم على الخصم
بحكمه ولو لم يكن خصمًا
أصلًا لا المدعي عليه ولا
نائبه وقد حكم القاضي
بالشهادة كان قضاء على
الغائب وهو لا يجوز عندنا
وعند الاثني الثلاثة يجوز
الحكم على الغائب فلا
يحتاج الى خصم (قوله

كفيل من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في
الطريق أنه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب
فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود أن هذا كتابه وختمه أمر المدعي أن يحضر شهوده
الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد أنه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب
اليه أو لاي برئ كفيله وقيل لا يحكم به لانه الحكم على الغائب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده
العبد والخصم وهو غائب ولكن يكتب ما جرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويعد
بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضى له به بحضور المدعي عليه فاذا وصل الكتاب اليه
فليفعل هو كذلك ويبرئ الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه بما يشاركه غيره في الاسم
والصفة والحلية وفي المقتضى عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع
فلهذا يجب احضار الجارية كالعبد فيما ذكرنا الا أنه لا يسلم للمدعي بل يعنها مع أمين معه قال رحمه الله
(فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجّة والحضور والخصم قال رحمه الله (وكتب بحكمه
وهو المدعو سجلا) أي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان وليكون
الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من يقوم مقامه الا
اذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه ومحمد فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه أو لينفذ حكمه قال رحمه الله (والا
لم يحكم) أي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغائب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم
به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفيه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا يتفخخ خلاف مذهبه لان الاول
محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له قال رحمه الله (وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو
الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة) لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم
بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برأيه وان خالف رأيه رأيه الكاتب بخلاف السجل فانه
ليس له أن يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غائبا
والا فتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا افرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة الامن حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي
يشهدون على أن الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين
شهدوا في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم قال رحمه الله (وقرأ عليهم وختم عندهم
وسلم اليهم) أي القاضي الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرائطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من
أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم أو يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو
المقصود ولا بد من ختمه بحضورهم ثم سلم اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه
لانهم يشهدون به كافي سائر الشهادات ومن شرائطه أيضا أن يكون الكتاب عنوانا وهو أن يكتب فيه
اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب

ولو حكم به حاكم يرى ذلك) أي الحكم على الغائب اه (قوله في المتن وقرأ عليهم وختم عندهم الخ) هذه
رواية القدوري وذكر الخصاص أنه يدفعه الطالب ويكتب معهم نسخته اه (قوله أو يعلمهم بما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
والشافعي وأحمد ومالك في رواية والشرط عند أبي يوسف أن يعلمهم أن هذا كتابه وختمه وبه قال مالك في رواية ويسلم الكتاب الى المدعي
وعليه عمل القضاة اليوم اه كافي

(قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب) قال في الغاية بشرط أن يكون محتوما معنونا في داخله وخارجيه ثم قال بعد ذلك ويكتب العنوان في الداخل والخارج والعبرة بالداخل لا بالخارج اه قال الكاكي بشرط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لا يجوز اه (قوله في المتن ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) قال لا قطع قال أبو يوسف يقبله من غير خصم ولا خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بماعلمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اه اتفاقا وكتب على قوله ولم يقبله الخ مانعه قال في الهداية ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين أو رجل واحد اه لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة نامة وهذا لانه ملازم فلا بد من الحجة اه وكتب على قوله ولم يقبله مانعه أي لم يأخذه اه صورة كتاب القاضي الى القاضي كقوله قال الاتعالي ونحتم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرى من صورة كتاب القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أجد اليك الله الذي لا اله الا هو أما بعد فان رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن علي رجل في كورة كذا حقا فسألني أن أسمع من بينته وأكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعد منته فلان وفلان ويحليم وبفسهم فشهدوا عندي أن فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما دينارا لا وسألني أن أحلفه ما قبض منها شيئا (١٨٥) ولا قبضه فاقض بوكالة ولا احتمال بشي فأحلفته خلف بالله

ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه واسم المدعى على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر جهة ما يذكروا الحق فيه ويذكر الشهود وان شاءوا ككتبي بذكره ماتم ومن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط على الشهود الانتقال الكتاب والشهادة أنه كتب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختار شمس الأئمة رحمه الله لا يكونه أسهل قال رحمه الله (فان وصل الى المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب الحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة حيث يشترط فيه بحضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز أن يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم أنه كتاب القاضي وان أقر فلا حاجة الى اقامة البينة أنه كتابه ولا يلزم كتاب الاستئمان من أهل الحرب حيث يعمل به وان تم ببينة أنه كتابهم لانه ليس يلزم وهذا ملازم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين أو رجل واحد اه وأقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزمك ورسول المزمك الى القاضي فانه يكون معتبرا بالبينة لان الزام فيه بشهادة الشهود لا بآثر كية وقال أبو يوسف رحمه الله يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغريبة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال رحمه الله (فان شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه البنا في مجلس حكمه وقرأ علينا ونختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) يعني اذا ثبت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالادلة أو وحدث في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي كورة كذا الى فلان قاضي

(٣٤ - زيلعي رابع) كورة كذا ثم يدفع الى المدعي فان أتى به المدعي القاضي الذي بالكورة قد ذكر أن هذا كتاب القاضي اليه سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا حضره وقرأه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فاذا أنكر قال جئت بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء ببينة وعملوا سمع من بينة المدعي على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر فيقول له أقرأ عليكم ما فيه فاذا قالوا نعم قد قرأ علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا سمع منه لم يكسر الخاتم حتى يسأل عنه فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم ما في الكتاب فاذا قال الشهود نعم قد أقرأنا على ما فيه على ما قرأ علينا سأل الخصم عما شهد به عليه فاذا أقر الزمه اياما وان أنكر قال لك حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجة فان قال لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا عليه بهذا المال قال له ألك بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة ربه ينسب مثل ما تنسب اليه والا الزمته ما شهدوا به فان جاء ببينة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب بمثل ما ينسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرى اه (قوله لانه ليس يلزم) أي لان الامام بالخيار ان شاء أعطى الامان وان شاء لم يعطه اه (قوله في المتن وقرأه على الخصم والزمه ما فيه) وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود لانهم لما شهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب

القاضي الكاتب فاذا قرأ عرف ما فيه (قوله لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم) وذكر الخصاص انه لا يقبل قبل ظهور العدالة ثم قال ما قال محمد اصح أي يجوز الفتح (١٨٦) بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اهـ كأي (قوله ثم لا بد

من مسافة بين القاضيين) وحكي الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيمدون السفر قال بعض المتأخرين (١)

(قوله وعن أبي يوسف أنه ان كان في مكان لو غدا الخ) قال مسكين وفي السراجية كتاب القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز في ظاهر الرواية وعند أبي يوسف أنه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضي لا يمكنه الرجوع الى منزله في يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى اهـ (قوله ذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الخ) في الخصاص وروى عن محمد أنه قال في مصرفيه قاضيان في كل جانب قاض يكتب أحدهما الى الآخر كتابا يقبل كتابه ولو أتى أحدهما الى صاحبه فأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله لان في الوجه الأول كان الأول خاطبه في موضع القضاء وفي الثاني خاطبه في غير موضع القضاء اهـ (قوله في المتن ويبطل الكتاب بموت الكاتب) قال في الهداية وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق

الكاتب قد كتب عدالتهم أو سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاص انه لا يقبل قبل ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات أن الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه اليه الخ شرط الحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه اليه أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في النخبة حضور الخصم لقبول البيعة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف فإنه عنده يقبله من غير بيعة ومن يدعي أيضا اذا جاء به وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بانتم وغيره قبله فسهل في ذلك لما تبلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلافه في تلك المسافة فنه من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة أيام في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الشهاد وعن محمد رحمه الله أنه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصروذ كالكرخي في اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا في مصر واحد فكتاها معا اعتبارا بالتوكيل وفي الظاهر اعتبر بالهجر قال رحمه الله (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) هذا اذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني أو بعد وصوله قبل أن يقرأ عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصل قبل أداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحداً وعي وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل بل المكتوب اليه يقضى به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكتابه بمنزلة أداء شهود الفروع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفروع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع القضاء فكذا هذا وهكذا الحكم في كل شهادات بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا أن لهذا النقل حكم القضاء ألا ترى أن هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البيعة وما يجب على القاضي بسماع البيعة قضاء فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالقضي به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفروع اذا مات الاصول بعد أدائهم الشهادة لانهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول أو بموت الفروع كما في سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فإنه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكمه ثم رفع الى قاض آخر وأمضاء جاز لان قضاء صادق محلا مجتمعا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه واذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتسديد من قاض آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث يتسدد بنفس القضاء لما عرف في موضعه ولومات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء بالقراءة فلا يبطل بالموت كالمومات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم

بها وفي اختلاف زفر رحمه الله ويذهبون انه لا يقضى به اذ مات قبل قضائه قال رحمه الله (وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) أي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فيثبت لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عائدا الى القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون في الامانة فصارت طيرة الامانة في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكأنوا مكتوب اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به أحد لان اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط ونظام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحد حصل التعريف له وصح كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعاله وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهلا للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض آخر وان قامت عليها يئنه لانه يتقل عبارة فيكون كالقاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضع ولا يئنه بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكأن الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء أو نقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في الكتاب غنية عنه فبقى على أصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه أن يكتب كتابا الى قاض آخر اذا عذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه تابيا أن يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصاروا كأنهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له أن ينقلها الى غيره اذا الحاجة الى نقلها امر اراماسة وهي المجوزة للنقل قال رحمه الله (لا يموت الخصم) يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا الوما المدعى ينبغي أن لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذه وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى الأمير ولكن ان كان في مصره اقتصر على قوله أصح الله الأمير ولا يكتب أكثر من ذلك وان كان في مصر آخر فلا يقيم ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس أن لا يجوز في مصره الابن ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل وقت ولو شرط ذلك لخرجوا لان كل أحد لا يحضر مجلس الأمير فيشهد والأمير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الأمير في مصر آخر غير المصر الذي فيه القاضي بنى على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال رحمه الله (وتقضى المرأة في غير حد وقود) لان القضاء يستقي من الشهادة على ما ينشأ من ادتها جازة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها فلناهي من أهل الولاية وبه نصير أهلا للشهادة فكذا القضاء كالرجل قال رحمه الله (ولا يستخلف قاض الا أن يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف في غير ما فوض اليه كالوكيل لا وكيل بدون اذن الموكل وفي الجمعة جرت بالأمور بادائها أن يستخلف لكونها على شرف القوات ثم ان أحد ث قبل أن يشرع في الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تعتقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعتقت بالأصل فكان الثاني بانها لا يشترط البناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه في الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هي لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو أفسد المستخلف

(قوله فكذا يجوز قضاؤها
الى آخره) أي ولا تصلح
للخلافه على ما يأتي في كتاب
الشهادة اهـ (قوله كالوكيل
لا يوكل بدون اذن الموكل)
بخلاف المستعبر حيث كان
له أن يعير لان المنافع
تحدث على ملكه فيملك
عليك ذلك من غيره فكان
منصرفا بحكم الملك بخلاف
ما نحن فيه فانه يتصرف
بحكم الاذن فيملك بقدر
ما أذن له اهـ غاية

(قوله في المتن وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاء) المراد بالامضاء التنفيذ اه اتفان (قوله ان لم يخالف الكتاب) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذي لم يختلف في تأويله السلف مثل قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوج امرأ الأب ولا جاريته ولا يوطأ واحدة منهما ولو حكم القاضي بجواز تنكاح امرأ الأب كان للقاضي الثاني فسحة اه غاية وكذا اذا قضى بحل متروكة التسمية عمدا لا يصح ويبطله القاضي الثاني لانه يخالف نص الكتاب قال تعالى ولا تأكلوا مما يذكري اسم الله عليه اه غاية (قوله فلا ينتقض بما هو دونه) حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالتالي ينفذ قضاء الاول ويبطل قضاء الثاني لان قضاء الاول كان في موضع الاجتهاد والقضاء في المجتهدين نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثاني مخالفا للاجماع فيكون باطلا اه محيط وكتب مانعه قال الاتقاني والاصل هنا ما قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضي في فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضي ينفذ في المجتهدين على من خالف رأيه حسب نفوذه على من وافق رأيه فاذا ن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه اه (١٨٨) فرع في ذكره في المحيط نصه رجل وطئ أمرا أنه أو ابنتها فخصمته

زوجته في ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأته وجهاليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الاول بل ينفذه نص عليه الخصاص وذلك لان هذا فصل مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والاحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الاول فيه بالاجماع ثم هل يحل للزوج المقام معها نظرا ان كان الزوج جاهلا حل له المقام معها وان قضى بتحريرها فنقض قضاؤه ولا يحل له المقام معها لان المقضى له متى كان جاهلا يتبع رأى القاضي وان كان عالما يتظر ان قضى القاضي بتحريرها والمقضى له يرى حلها فنقض القضاء بالاجماع حتى لا يحل له المقام معها لان الزوج مقضى عليه

الجمعة وأعادها جازوان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجاز القاضى جازا إذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا في قذف أو كافر لم يجز وكذا اذا قضى بحضوره القاضي جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رأيه كلو كيل بالبيع أو الشراء اذا وكل غيره فباشرو كيله بحضوره أو بغيره فأجازه ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولى من شاء فيصيرنا تبعين الامام في التولية حتى لا يملك عزله كلو كيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيله عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينزل بموته وينزل بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان أوان نبوت حكمها بعد موت الموصى وقد يجزى الوصى عن الجرى على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى راضيا باستعانتة بغيره دلالة كي لا تقوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهم ما يتصرفان بأنفسهما فلا تقوت ما المصالح ولو فوض اليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك إلا ما أطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتوليته غيره لان الناس متفاوتون في الامانة والتصرف قال رحمه الله (وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاء لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجع الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثاني أيضا وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجي قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صرح أن عمر رضى الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله قلده القضاء بأبا الدرداء واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضى الله تعالى عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عمر رضى الله تعالى عنه لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما يمنعك عن القضاء قال ليس هناك من رأى مشترك وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما تقضى وفي الجامع الصغير ما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاء فبده يكون الثاني يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره في الكتاب التقييد

فيتبع في القضاء عليه رأى القاضي وان قضى له بحلها والمقضى له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله أن القضاء اذا كان بخلاف رأى المقضى له هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ ويتبع رأى نفسه حتى لا يحل له المقام معها وقال أبو حنيفة ومحمد ينفذ ويتبع رأى القاضي حتى يحل له المقام معها كرهذا الخلاف في النوازل ذكر في استحسان الاصل وفي السير الكبير اذا أطلقها بلفظة الكناية فرفع الى قاض وهو يرى الكناية راجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن راجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافا فظاهر الرواية يتقدم من غير خلاف لابي يوسف أن القضاء في حق المقضى له فتوى لانه لا إزام عليه لانه يخبره إن شاء راجع وإن شاء لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال حراما والباثن رجعا كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولحق هذا عمدا وقضى القاضي له عليه بالقود والولى يعرف أن الشهود شهود ذور ولا يحل له أن يقتله فكذا هذا له ما أن القضاء الزام في حق المقضى له من حيث الاعتقاد لانه ألزمه نبوت اعتقاد الحل والرجعة فيصير مقضيا عليه في حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه في حق الاستيفاء وهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس يلزم لامن حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اه

(قوله فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً رأيه ناسباً إلى آخره) ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفاً الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع فإذا كان مخالفاً لأحد هابطاً للقاضي الثاني لأنه وقع باطلاً اه اتقاني (قوله لمخالفة الكتاب أو السنة) قال الاتقاني رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما إذا قضى القاضي بالقصاص بالقسماء أعني بحلف المدعي بخين يميناً إذا وجد قتيلاً في محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة خلف المدعي على أن فلا نقول كان له أن يقتصر منه في قول مالك وهو قول الشافعي في القديم كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهذا الحكم ليس صحيحاً لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه قال في المحيط والقنل بقسماء بان وجد قتيلاً في محلة يمينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولي القنل رجلين في المحلة أنهم ما قتلوه وحلف على ذلك عند مالك بقضى القاضي بالقود فهذا القضاء مخالف للإجماع لأن أحداً من الصحابة لم يقض بالقود بالقسماء فلا يكون خلاف مالك معتبراً اه (قوله وذلك مثل القضاء بشاهد وعين) قال في المحيط لأن القضاء بشاهد وعين مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية قاله (١٨٩) تعالى شرع الفصل بالقضاء

بشهادة رجلين أو رجل
وامرأتين فكان القضاء
بشاهد وعين مخالفاً للكتاب
والحديث فيه شاذ لا يجوز
العمل به لانه مخالف للكتاب
وبخالف الإجماع أيضاً
فانه لم يقض أحداً من الصحابة
بشاهد وعين الأمر وان
ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ
به فلا يكون هذا محتملاً فلم
يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر
الرازي أن هذا مذهب محمد
وأما مذهب أبي حنيفة
وأبي يوسف فيجوز قضاؤه
ولا ينسخ كذا ذكر
الامام الناصبي وقال
شمس الأئمة السرخسي
وهذه المسئلة تنبئ على
أن الإجماع المتأخر هل يرفع
الخلاف المتقدم أم لا فعند
محمد يرفع وعند أبي حنيفة

به فيؤهم أنه إنما يعضيه إذا كان موافقاً لرأيه وقالوا شرطه أن يكون عالماً باختلاف العلماء حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاؤه عند عاتمتهم ولا يعضيه الثاني ذكره في النهاية معزياً إلى المحيط وقال فيه شمس الأئمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً رأيه ناسباً للمذهب نفذ عند أبي حنيفة وإن كان عامداً فيه روايتان في رواية ينفذ لانه ليس بخطايقين وفي أخرى لا ينفذ لانه خطأ عنده وقضى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهما لا يتخذ في الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ثم شرط أن لا يكون مخالفاً لذكر من الأدلة ولو كان مخالفاً لها نقضه الثاني لأن الاجتهاد على خلاف هذه الأدلة غير سائغ فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازاً عن الغريب والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي فخالفه أن الذي قضى به الأول لا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون موافقاً للدليل الشرعي كالكتاب والسنة والإجماع فلا كلام فيه وإما أن يكون مخالفاً فيه اختلافاً يستند كل واحد إلى دليل شرعي فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعدما حكم به حاكم مثاله إذا رفع إلى حاكم من أصحاب الشافعي رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فأبطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزويجها به والاحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق وإما أن يكون الخلاف في نفس القضاء ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره الخفاف وهو الصحيح لأن محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فإذا قضى حينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجع أحدهم وذلك مثل القضاء على الغائب والغائب وقضاء المحدود في القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود في الأصح لا ينفذ إلا إذا رفع إلى حاكم آخر فقضى بعمه حكمه حينئذ يلزم ولو فسخته انسخ لان الخلاف في نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله وإما أن يكون مخالفاً للدليل الشرعي وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع إلى حاكم ونفذ لان قضاء موقع باطلاً لمخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع فلا يعود صحيحاً بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد وعين أو بالقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة ويمينه أو بعمه نكاح المتعة

وأبي يوسف لا يرفع هكذا ذكر في شرح أدب القاضي يعني أن الصحابة اختلفوا في جواز بيع أمهات الأولاد وروى عن علي أنه قال اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أنهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلماني رأيك في رأي عمر أحب إلى من رأيك وحديثك ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضي بجواز البيع مخالفاً للإجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهم ما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة بإجماع التابعين كان قضاء القاضي في فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثاني وقال القاضي أبو زيد في آخر فصول الإجماع من كتاب التوقييم أن محمد بن الحسن روى عنهم جميعاً أن القاضي إذا قضى ببيع أم الولد لم يجرى وذكر عن أبي يوسف في النوازل انه لا ينفذ القضاء اه (قوله أو بعمه نكاح المتعة) قال في المحيط أو قضى قاض بعمه المتعة في النكاح إلى أجل ثم رفع إلى قاض آخر لم ينفذه لان هذا القضاء مخالف للإجماع فان الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه وروى عن عائشة أنها منسوخة نسخها آية الطلاق والعمل بالنسوخ حرام وروى عن أبي يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به وهذا في لفظ المتعة بان قال أتمتع بك إلى أجل فاما إذا قال تزوجتك إلى شهر عندنا بطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد اه

(قوله أو ببيعة بيع عبد معتق البعض) قال في المحيط لأن هذا القضاء مخالف لأجماع الصحابة فإن الصحابة انفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا قال بعضهم يخرج إلى العتق بالسعاية واليه ذهب أبو حنيفة وقال بعضهم يعتق كله واليه ذهب أبو يوسف ومحمد اه (قوله أو بحل المطلقة ثلاثا لأول قبل أن يدخل بها الثاني) لأنه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة اه غاية (قوله أو بيع أم الولد من هذا القبيل) قال الاتقاني ونظير خلاف الإجماع ما إذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني أن ينقضه كذا ذكر الخصاص في أدب القاضي وذلك لأنه مخالف لأجماع التابعين اختلاف الشافعي فيه اه (قوله في المتن ظاهر أو باطنا) قال الاتقاني والمراد بنفاذ الحكم ظاهر أن يثبت فيما يثبت مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى ثم ينبغي لك أن تعلم أن النفاذ ظاهر أو باطنا فيما إذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والتكاح لأن في الأملاك المرسلة أي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فإنه لا يمكن إثبات الملك بدون سبب وفي الأسباب كثرة فتعذر تعيين سبب الأثر إلى ما ذكر في خلاصة الفتاوى وأجمعوا أن في الأملاك المرسلة أي المطلقة ينفذ ظاهر أو باطنا وأجمعوا أن الشهود ولو ظهر وأعيدها أو محدودين في فذف أو كفاراً ينفذ ظاهر أو باطنا وأجمعوا أنه لو أقر بالطلقات الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها إلى هنا لفظ الخلاصة اه وكتب مانصه أعرض بأن قضاء القاضي ينفذ باطنا في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ ولهذا ينقذه الزوج فينبغي أن يقال كل شيء قضى به (١٩٠) القاضي في ظاهر فهو في الباطن كذلك إذا كانت الدعوى بسبب معين لأن

القضاء في الأملاك المرسلة لا ينفذ باطنا اتفاقاً حتى لا يحل للقاضي له وطؤها اه (قوله فقال لا ينفذ إلا ظاهراً وهو قول محمد والشافعي) وجه قولهم أن تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لأن الشهود كذبت والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهر أفاضت حجة من حيث وجوب العمل ظاهراً فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فمستنع لأنعدام دليله وهو الحجة الصحيحة

والموقت أو ببيعة بيع عبد معتق البعض أو بزوم عن متروك التسمية عمداً أو بجواز تكاح الجدة أو امرأة الجدة أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثا لأول قبل أن يدخل بها الثاني أو بإبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جلة أو بعدم وقوع الطلاق على حبل أو حائض أو قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلاً ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز وأصل الخلاف فيما إذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقياً على حاله وقال شمس الأئمة يرتفع به بلا خلاف وإنما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لأن هذا الإجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً في الأملاك المرسلة) أي الأملاك المطلقة وهي التي لم يذكريسبها معيناً وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولاً ثم رجح عنه فقال لا ينفذ إلا ظاهراً وهو قول محمد والشافعي رحمه الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهر أو باطنا فصار كالوكل الشهود وعبيداً أو كفاراً أو محدودين في فذف وكما إذا قضى بتكاح لرجل على امرأة وهي منكوبة الغيرة أو معتذته وكما في الأملاك المرسلة ولنا قول على رضي الله عنه لتلك المرأة شاهدك زوجك ولأن القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا

كان

وجه قول أبي حنيفة أن حجة القضاء قامت واقتضى على القاضي العمل بما يحيط لوامتنع عن ذلك بأن لم

حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي ووجوب العمل به لأنه لا طريق إلى ذلك فصارت ساقطة العبرة وبقيت العبرة دليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فإذا وجد فقد قام دليل أوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به فإذا بني القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليل لا يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن لأنه صدر منه بأمر الشرع مضافاً إليه قال تعالى وأن أحكم بينهم بما أنزل الله وقال تعالى من ترضون من الشهداء فإذا قضى بما رضى من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعاً اه وكتب مانصه قال الاتقاني وصورة القضاء في العقود كثيرة فمنها إذا ادعى على امرأة تكاحاً وهي تجمد وأقام عليها شاهد زور وقضى القاضي بالتكاح بينهما حل الزوج وطؤها وحل المرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجمد ومنها إذا قضى بالبيع بينهما بشهادة زور وهو على وجهين إما أن تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعى على غيره أنك بعثت مني هذه الجارية والاخر أن يكون من جانب البائع بأن قال اشتريت هذه الجارية يجعل المشتري وطؤها في الوجهين وصورة القضاء في الفسوخ كثيرة أيضاً منها إذا ادعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور ففسخ القاضي يحل للبائع وطء الجارية ومنها إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهر أو باطنا كذا في النخبة البرهانية اه

(قوله والنكاح) وانما يتخذ القضا بشهادة الزور اذا كان عهرا المثل لان النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا يملك انشاء اه
(قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) قال في المحيط ولو اقام بينة زور على (١٩١) رجل انه وهب منه هذه الجارية

او تصدق بها عليه وقبضها منه وعوفي يده بغير حق لا يتخذ قضاؤه باطنا عندهما وهل يتخذ عند أي حنيفة عنه روايتان في رواية يتخذ كما في الزراء والنكاح لان السبب معين بدعي المدعي وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي روايه لا يتخذ وهي رواية الخصاف كما في الاملاك المرسله اه (قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر) بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين الى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعي عليه لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضي بالبينه اه غايه (قوله وأحكامهما مختلفة) فحكم القضاء بالبينه أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المنصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار بخلاف ذلك اه غايه (قوله وان الجهل به يمنع القضاء) وقد تقدم عند قوله واذا رفع إليه حكم فاض أمضاه أنه شرط فلينظر اه قوله عند قوله يعني في المتن الذي تقدم (قوله وكان

كان عهرا المنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى أن التفريق بالعنان يتخذ باطلا وأحدهما كاذب ييقن وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفوا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطنا حتى يحل للبائع وط الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكرنا لاننا نجعل حكم الحاكم انشاء وشرطه أن يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج أو كانت ممتدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العيبد ونحوهم ليس بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا يتخذ باطنا في الاملاك المرسله لان في أسباب الملك تراجا وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشر فتمين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معيننا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق أو غيرهم وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا يتخذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية يتخذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بعمل ولان البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى ان المكاتب والعبد المأذون على كانه واذا ادعت المرأة ان زوجها أبانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج خلفه القاضي خلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولان تأخذه من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا بطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي أن يثبت الانشاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وجوابه أن يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهذا لم يقض به لأعتراف الزوجين بالنكاح الا أن المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فيبقى ما كان على ما كان فلم يحتاج القاضي الى القضاء بالنكاح قال رحمه الله (ولا يقضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه كوكيل والوصي أو يكون ما يدعى على الغائب سببا ليدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأه أبي سفيان بالنفقة وأبوسفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحاجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه أحمد وأبو داود والترمذي بمعناه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هناك عدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشبه في هذه الحالة لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينه يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان قسوى أو اعانة لها على أخذ مالها ألا ترى انها لم تدع الرجوعية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي لهما فيه حجة بل هو حجة لتالان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي

عليه الصلاة والسلام عالما بانها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا) وبما رجه وقوع الاستفهام في الفصة في قولها هل على جناح وأنه عليه السلام فوض اليها نقديرا لا يتحقق ولو كان قضاء لم يفوضه الى المدعي ولانه لم يستخلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة اه

(قوله ولو أقر عند الحاكم ثم فغاب الخ) قال في الدراية في باب الاستحلاف ولو أقر وغاب قضى عليه لأن ذلك قضاء عام ولو أقيم البينة فلم تزل فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية لأن له حق الجرح في الشهود اه (قوله أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب (١٩٢) شيئا واحدا مثل أن يدعي الخ) وفي هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اه

(قوله وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب) أي وهو يملكها فإنه يقضى بها في حق الحاضر والغائب لأن المدعي شيئا واحدا وهو الدار اه وأيضا فالدعاء على الغائب في هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للاحتمال للملك اه (قوله فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب) أي بالف درهم وهو يملكها وأنه شفعيها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعا اه غاية (قوله حتى إذا حضر الغائب لزمه) أي ولا يلتفت إلى إنكاره اه (قوله والثاني) أي النوع الثاني اه وكتب ما نصه ومسائله ثلاث أيضا اه (قوله فيجب عليه ثمانون سوطا) أي فتقبل هذه البينة ويقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأمكن العتق لا يلتفت إلى إنكاره وإن ادعى شيئين مختلفين لأنه ادعى على الحاضر حثا كاملا وعلى الغائب عتقا

بأن له بكلام المدعي إذا لم يكن له منازع فتعين أن يكون في حق الخصم وكذا لو أقام المدعي البينة على خصم حاضر وزكيت ينته ثم غاب المدعي عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة من غير أعادتها وكذا إذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لأن له أن يطعن البينة فيبطل به دون الإقرار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بالبينة أيضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بآبائه أو بآبائه الشرع كالوصي من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهو نوعان أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئا واحدا مثل أن يدعي دارا في يد انسان وأنكر ذو اليد وادعى المنكر أنها ملكه وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى في دار في يد انسان شفعة لأن ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم اشتراها من أحد فأقام المدعي البينة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادعى على شخص دين على أنه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعي البينة أنه له على الغائب ألف درهم تقبل ينته في هذا الصور كلها ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى إذا حضر الغائب لزمه ولا يحتاج لإعادة البينة والثاني أن يكون ما يدعيه على الغائب شيئين مثل أن يدعي القاذف أنه عبد فلان فيجب عليه أربعون سوطا فأقام المدعي البينة أن مولاه الغائب قد أعتقه فيجب عليه ثمانون سوطا وقال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المدعي البينة أن مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فإن ينته تقبل ويثبت العتق على الغائب لأن الحقيقين كشيء واحد لا ينفك أحدهما عن الآخر لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن الحر وحر واحد لا ينفك عن الآخر وكذا لو أقام أحد الوليين البينة أن شريكه الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصبي ما لا تقبل وإن كان أحد الحقيقين ينفك عن الآخر لا تقبل في حق الغائب وتقبل في حق الحاضر مثل أن يدعي رجل أنه وكيل الغائب بنقل امرأته أو عبده اليه فأقامت المرأة أو العبد بينة أنه أعتقه أو طلقها فأنها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل أن يتقلها ولا يقبل في حق وقوع الطلاق والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى أن مولاهما زوجها من فلان الغائب وأراد ردّها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال أنه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر يتطرق أن كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبل ينته على الحاضر والغائب مثل أن تقول المرأة لزوجها إنك عقلت طلاق فلان الغائب زوجته ثلاثا وأقامت بينة أن فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل ينته لأنه يتضرر بذلك وإن كان لا يتضرر تقبل بأن قالت عقلت طلاق بدخول فلان الغائب الدار فأقامت بينة أنه دخل الدار تقبل لأنه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال في الشرط أيضا تقبل مطلقا كافي السبب منهم على البردوى لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضا قال رحمه الله (ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب) لأن القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لأن الاقراض تبرع ألا ترى أنه لا يجوز التأجيل فيه كسائر التبرعات فلا يملكه ولأنه باقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجهد المستقرض على عمر الزمان وترد شهوده لأن كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضي

حيث

لكن لما كان العتق سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال

فبعض البينة في حق الغائب والحاضر جميعا اه غاية (قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البينة الخ) قال في غاية البيان والثالثة رجل قتل رجلا عدوا له وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه فأنقلب نصبي مالا وأنكر القاتل فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا

حيث يكون الاقراض أحسن تصرف في حقه لأن القاضي كثيراً لا يشتغل فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه وإنما يدفعه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أتت للقيم لأنه يكون مضموناً عليه والوديعة أمانة إن ملكك تهلك بغير شيء ويؤمن التوى بمجود المستقرض لكونه معلوماً للقاضي ولكونه لا يقرضه لثباته ومعرفة بأحوال الناس الأمن أمين يثمن ولا يخاف منه المحذور وإنما يكتبه في الصك ليحفظه لأنه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الأئمة في الأبرار وابن ابن أظهرهما أنه ليس له أن يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولداً للصغير قرضاً لنفسه فيما روى الحسن بن أبي خنيفة رحمه الله تعالى وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الإيتام حتى لو اختل أحد منهم أخذ منه المال لأن القاضي وإن كان قادراً على الاستخلاص لكن إنما يقدر من الغنى لا من الفقر ألا ترى أنه ليس له أن يقرض المعسر ابتداءً فكذلك ليس له أن يتركه عنده انتهوا والله أعلم بالصواب

باب التحكيم

لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء وهو جاز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكماً من أهله وحكاماً أهلها نزات في تحكيم الزوجين وأما السنة فخاروى أنه عليه الصلاة والسلام تركهم على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فأمرهم الله (حكماً رجلاً يحكم بينهما في حكم بينة أو قراراً ونكول في غير حقوق ودوية على العاقلة صريح لو صلح المحكم قاضياً) لما تلونا وروينا ولان لهما ولاية أنفسهما فصيح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط أن يكون حكمه بالبينة أو الاقرار أو النكول ليكون موافقاً للحكم الشرع وشرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حدود ودوية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمه ما ولهذا لا يمكن أن يباخته وكذا الولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماء على عاقلة ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفاً للحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره أو ثبت جراحته بينة وارشها أقل مما تضمنه العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمداً أو كان قد رما تضمنه ولكن الجراحة كانت عمداً لا توجب القصاص فنقد حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله وأجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاص وشرط أن يكون من الحال للقضاء لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فبشرط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكم كافر أو عبداً محجوراً أو حدوداً في قذف أو صبيلاً لا يجوز لانه لا يصلح قاضياً لعدم أهلية الشهادة فكذلك حكماء وان حكموا فاسقاً أو أمراً أجاز كما في القضاء لانهم ما أهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه أهل للشهادة في حقه وكذا يجوز تقليد القضاء ليحكم بين أهل الذمة قال رحمه الله (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لأنه مقلد من جهتهما فكذلك لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائرة من غير لزوم فيستبدأ أحدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات قال رحمه الله (فان حكم لزمهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذلك هذا ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى قال رحمه الله (وأما القاضي القاضى حكمه ان وافق مذهبه) يعني اذا رجع حكمه اليه ونحماً كما عنده نقضه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يري خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداءً ولولم يمضه لنقضه قال رحمه الله (والأبطل) أي ان لم يوافق مذهبه أبطل لان حكمه

باب التحكيم

(قوله لما كان المحكم من أنواع الحكم ذكره في كتاب القضاء) أي الا انه آخر ذكره لان حكمه أدنى حالا من حكم القاضي ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي انتهى اليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فان القاضي ينفذ حكمه اذا لم يكن مخالفاً لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز حكم المحكم فيهما ويجوز حكم القاضي رضي الخصم أم لا ولا يجوز حكم المحكم الا بعد رضا الخصمين يقال حكمه أي فوض المحكم اليه اه غاية (قوله وكذا الولاية لهما على العائلة) يعني لو حكمه في دم خطأ فوض بالدية على العاقلة أو على القاتل في ماله لا يجوز اه (قوله والاول ذكره الخصاص) وهو الصحيح اه غاية (قوله لانا نقول) أي نقول يجوز أن لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالقسح كما في المضاربة والشركة اه غاية

(قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل) قال الاتفاق رحمه الله قوله ولو أخبر بأقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على
تحكيمهما يقبل قوله أي قول (١٩٤) المحكم ذكره تفرعاً على ما تقدم يعني إذا قال المحكم لأحد الخصمين قد أقرت

عندي بكذا أو قال قامت
البنية عليك والزمك
بالحكم وأنكر المقضي
عليه أن يكون أقر
فالحكم ماض عليه لان
له أن يتخذ التحكيم مادام
في المجلس والمجلس باق
فاذا قال حكمت صدق وان
قال المحكم كنت حكمت
بكذا لم يصدق لانه اذا حكم
صار معزولاً ولا يقبل قول
المعزول اني حكمت عليه
بكذا ولانه لما قام من مجلسه
صار قضاؤه كالقاضي بعد
العزل اذا قال قضيت بكذا
لا يصدق كذا هذا اه
(قوله فهذا هو الحرف وان
كان ميتاً لم يجز) قال
فاضيخان في كتاب الدعوى
في فصل من يجوز قضاء
القاضي له ويجوز قضاء
القاضي لام امرأته بعد
ماتت امرأته ولا يجوز ان
كانت امرأته حية وكذا
لوقضي لامرأة أبيه بعد
ماتت الاب جاز وان كان
الاب في الاحياء لا يجوز اه

باب مسائل شتى

(قوله في المتن لا يتد) وتد
الوتديته اذا ضرب به من باب
ضرب اه اتفاق (قوله
في المتن ولا يتقب كوة)
بفتح الكاف اه اتفاق
(قوله وهذا عند أبي
حنيفة) أي لغير رضا
صاحب العلو اه فتح (قوله وقال لا يصنع فيه ما لا يضرب بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفلهما
فيه من إبطال حتى صاحب العلو في سكناء العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى

باب مسائل شتى

قال رحمه الله (لا يتد ذو سفلى فيه ولا يتقب كوة بلارضاذى العلو) معناه اذا كان لرجل سفلى ولا آخر
علو فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتد ولا يتقب فيه كوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يصنع
فيه ما لا يضرب بالعلو على هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلويتا أو يضع عليه

جذوعا

جذوعا (قوله وقال لا يصنع فيه ما لا يضرب بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفلهما

(قوله قيل ما حكى عنه ما تفسير لقول أبي حنيفة) على معنى أنه لا يمنع الإما فيه ضرر قال قاضيان في فتاواه علو رجل وسفل آخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلو أن يبني في العلو بنا أو يتدوتا الأرض صاحب السفل وقال صاحباه ذلك إذا لم يضرب بالسفل والمختار للفنوى أنه أن يضرب بالسفل يمنع وأن لم يضرب لا يمنع وعندنا لا شبهة والاشكال يمنع اه (قوله وعنده الأصل هو الخطر) وقوله قياس لأنه لا يجوز عن نوع ضرر بالعلو من توجين بناء أو تقضيه فوجب نقضه اه كافي (قوله ولا خلاف فيما لا اشكال فيه) أي فإن له أن يصنع ما لا يضربه بالاتفاق اه (قوله ولو أنهدم السفل من غير صنع) (١٩٥) أي أما إذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح اه (قوله

ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ) وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال وذكر الخصاصف أنه يرجع بما اتفق وهذا عندى في غاية الحسن إذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو عا ل بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اه فتح (قوله حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء) قال الكمال واختلف أن القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اه (قوله كان له أن يرجع) أي لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا اه فتح (قوله يجبر على إعادته لتعديده بمحل تعلق به حق الغير) أي وهو قرار العلو اه فتح (قوله وذلك مثل كرى النهر) أي المشترك بينهما إذا امتنع أحدهما عن كربه وكرى الآخر اه (قوله وفداء العبد الجاني) يعنى العبد المشترك إذا جنى ففداه أحدهما فهو

جذوعاً ويحدث كنيها قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله على معنى أنه لا يمنع الإما فيه ضرر مثل ما قالوا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو أن الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فأشكال يبقى على أصل الإباحة وعنده الأصل هو الخطر لأنه تصرف في محل تعلق به حق الغير كل رهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على أصل الخطر وهذه الأشياء من المشكل فظهر فيها ثمة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو أنهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو أن يبني أن شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويعتد من السكنى فيه حتى يدفع إليه قيمته يوم البناء لأنه مضطر في ذلك فصار كغير الرهن إذا قضى الدين بغير إذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة إذا أنهدمت فبنائها أحدهما بغير إذن صاحبه حيث لا يرجع لأنه متبرع أذ هو ليس بمضطر لأنه يمكن أن يقسم عرصتها ويبني نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو أنهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لأنه مضطر إذا لم يمكن قسمة بعضه ولو أنهدم كله فله في التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على إعادته لتعديده بمحل تعلق به حق الغير كل رهن يعتق العبد المرهون أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه يعتق أو شوه وذ كر الحلو أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لأنه متطوع إذا كان يمكنه أن يجبره وذلك مثل كرى النهر أو إصلاح سفينة معينة وفداء العبد الجاني وإن لم يجبر لا يكون متطوعا كسئلة أنهدم العلو والسفل لأنه لا يتوصل إلى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بالأصل فصار مضطرا وذ كر في النهاية معزيا إلى قاضيان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرا عند أبي حنيفة رضى الله عنه له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلو الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى بابا بخلاف المستدرة) معناه سكة طويلة يتشعب عنها سكة أخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا بابا إلى السكة الأخرى لأن الباب يقصد للورود لا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لأهل الأولى فلو أمكنوا من فتح الباب لخروجهم منها لولا أن لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف أن يسد بابها الأصلي ويكتفى بالباب المقطوع ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لأنهم ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولأنه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما إذا كانت نافذة لأن الاستطراق حق العامة وهم من جلتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لأنه رفع جداره وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الأول لما ذكرنا ولا يركب عليه بابا ويعدى حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور

متطوع لأن الآخر يجبر اه (قوله في المتن زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الأولى غير نافذة أيضا وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الإمام لترتاشي والفقهاء أبو الليث إلا أن يجعل غير نافذة حالاً من الزائغين جميعا اه كافي (قوله فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا بابا الخ) ولكن هذا فيما إذا أراد بفتح الباب المرور فإنه يمنع استحسانا وإذا أراد به الاستنفاة أو الرجوع دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل نحر الإسلام عن الفقيه أبي جعفر اه اتقاني (قوله والصحيح هو الأول لما ذكرنا) قال الاتقاني والأصح أنه يمنع من فتح الباب لأنه نص في الكتاب قال وليس له أن يفتح بابا وهذا لأنه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقا لأنه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح بابا للاستنفاة فالرجوع ونحوه لا يمنع اه

(قوله في المستن فالبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) وقال بعضهم لا يجوز له أن يطأها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وجه قوله أنه لما باعها فهي على ملك المشتري ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا ولنا أن الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد ويجوز ههنا أن يجاهد البيع ثم إذا جحد المشتري البيع حصل الفسخ من جهةه فإذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقرن عزمه بالفعل وهو ما سلك الحزبه ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدمها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اه اتعاني (قوله في المتن ومن أقر يقبض عشرة ثم ادعى (١٩٧) انه زبوف صدق) يعني أقر أنه

قبض من مدونه بدين قرض
اقترضه أو غن مبيع أو
بدل اجارة أو قال غصبت
منه أو أودعني ألف درهم
ثم قال الأهم زبوف أو
نهر جنة أو قال بعددتم
هو زبوف أو نهر جنة اه
فتح (قوله سواء قال ذلك
موصولا أو مفصولا) وفي
المبسوط أقر الطالب أنه
قبض بماء على فلان مائة
درهم ثم قال وجدته زبوفاً
فاقول قوله وصل أم فصل
واطلاق المصنف قوله صدق
يفيده وهذا بخلاف ما إذا
أقر بالدين في المبسوط في
باب الاقرار بالدين لو قال
لفلان على ألف درهم من
غن مبيع أو قرض أو اجارة
الا أنه زبوف أو نهر جنة
لم يصدق في دعوى الزيادة
وصل أم فصل في قول أبي
حنيفة وعندهما يصدق
ان وصل لا ان فصل ولو قال
لفلان على ألف درهم من
غير ذكربسب تجارة أو
غصب قال بعض المشايخ
هو على الخلاف أيضاً لان
مطلق الاقرار بالدين

التوفيق وقبل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس
وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله (ومن قال لا آخر اشتريت مني هذه الامة فأنكر
مالبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذا لجحد كناية عن
الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحد انكار للعقد من الاصل فكان بينهما ما مناسبه فخازت
الاستعارة فكان فسخا من جهةه فإذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ قبل له وطؤها وله أن يردّها
على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك أمام الفسخ بالتراضي حتى إذا أقام المشتري بعد ذلك
بينه أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفي النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له
أن يردّها على بائعها لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني لا حتمال أن يتكل عند التحليف فاعتبر بيعا
جديدا في حق ثالث والاشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغي أن يرد
عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل
القبض وقد ينه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا من لا تنبته
بمجرد العزم وإنما تنبته بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع
الخصومة الى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بسيد لان التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا
دلالة إذا الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجزتك هذه الدابة يوم ألتزكها فأخذها واستعملها كان
ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله (ومن أقر بقبض
عشرة ثم ادعى أنها زبوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زبوف صدق
سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى أنها نهر جنة ولو ادعى أنها ستوقه لا يصدق لان اسم
الدراهم يقع على الجياد والزبوف والنهر جنة دون الستوقه ولهذا يجوز بالزبوف والنهر جنة جاز
حتى في الصرف والسلم دون الستوقه والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في إنكاره قبض حقه مع يمينه
بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق في دعواه الزبوف لانه
مناقض لان الزبوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض
الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا ويخلف
ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين في البيع
فإذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ثم يدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل
كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر
بقبض الدراهم وهي متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم
حيادا لا يصدق في دعواه الزبوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن
أو حقه أو استوفى ثم ادعى أنه كان زبوفاً يظرفان كان مفصولا لا يصدق وهو المقصود بما ذكرنا

ينصرف الى الالتزام أو بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعد قد
التجارة فاذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة اه كمال (قوله والقبض لا يختص بالجياد) أي فلا يكون
بدعوى الزبوف متناقضا قسّم دعواه بخلاف ما إذا ادعى أنها ستوقه أو رصاص حيث لا تسمع دعواه لانه متناقض لانه قال اقتضيت
الدراهم ثم دعواه الستوقه أو الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم (قوله حيث لا يصدق في دعواه
الزبوف لانه مناقض) أي لانه أقر بقبض حقه صريحا أو دلالة اه هداية (قوله فان كان مفصولا لا يصدق) أي لان قوله جياد
مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر اوضح فيتمثل التأويل اه من خط الشارح رحمه الله

(قوله وأن كان موصولا صدق) والفرق أن في قوله قبضت مالى عليه أوحى عليه جعل مقرا قبض القدر والجودة بلفظ واحد فإذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال مائة درهم مالم أوافق قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فإذا قال إلا أنها زبوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان الاستثناء (١٩٨) باطلا وإن ذكره موصولا كذاها فان قيل ينبغي أن لا يصح استثناء الجودة

وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تتبع وصفة للدراهم واستثناء التبعية موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار موصولا قلنا استثناء البناء من الدار انما لا يصح لان البناء دخل في اسم الدار تبعاً فلا يجوز اخراجه منه وداً أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصوداً كل وزن لانه أقرب قبض ماعليه وعابه تسليم الوزن والجودة فكان دافعاً مقصوداً لا تبعاً فيجوز استثناءه موصولا كذا قيل وفيه فوج تأمل اه كاكى (قوله والستوفة ما يغلب عليه الغش) قال الكمال وانما كانت الستوفة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الاجازة ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعنى ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهى شبه الموه اه (قوله فكذبه المقر له حيث لا يرتد

وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر قبض حقه ثم قال إنها ستوفة أو رصاص يصدق موصولا لا موصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزبوف ما رده بيت المال والنهرجة ما رده التجار والستوفة ما يغلب عليه الغش وقيل الزبوف هي المغشوشة والنهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوفة صفر موه وعن الكرخي الستوفة عندهم ما كان عليه الصفر والنحاس هو الغالب قال رحمه الله (ومن قال لا خرك على ألف درهم فرد ثم صدقه فلا شيء عليه) يعنى إذا أقر لغيره بألف درهم فرد المقر له بأن قال ما كن لي عليك شيء أو قال بل هو لك أو قال فلان ثم صدقه فقال بل كن لي عليك في مكانه أو بعده فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برده المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له ان يصدق لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالقسم كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقى على حاله فعمل فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافتقرا وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى إذا ادعا المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار أو البراءة عن الدين أو هبته لم يرد له لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال عبده وهبت لك رقبته فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشيء لانسان كالدائن وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو أراد تخليف المقر له لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له عليه ديناً وأراد تخليفه لا يحلف وعند أبي يوسف رحمه الله اذا ادعى انه أقر كاذباً وأراد تخليف المقر له يحلف بخبران العادة بالشهادة على هذه الاشياء قبل تحققها تحريزاً عن امتناع الآخر عن التسليم قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر ما لا يقال ما كان لك على شيء قط فبرهن المدعى على ألف وهو برهن على القضاء أو البراءة قبل) أي ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعى عليه البينة انه قضاء أو براءة المدعى تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والبراءة يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ظاهراً ثم يقضى ألا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فأنكرنا فأقام المدعى البينة وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا الوجوب مثل ذلك في دعوى الرق يقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك على شيء لان التوفيق فيه أظهر لانه الحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو البراءة لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدر يرى أنه يقبل أيضاً لان المحجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابيه فبأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه

لا تقبل

بذلك) أي حتى كان المراد أن يعود ويدعيه فلما تبطل بالرد بقى مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه

لنفسه (قوله ولنا ان التوفيق ممكن) أي لانه يمكنه أن يقول لم يكن لك على شيء ولكن أذيتني بخصوصتك الباطلة فدفعتك اليك ما تدعيه دفعا لا ذاك اه كافي (قوله وكذا لو قال ليس لك على شيء) أي ثم أقام البينة على القضاء أو البراءة يقبل فيه البينة أيضا اه غايه (قوله لان التوفيق فيه أظهر) أي لانه يقول ليس لك على شيء في الحال لاني قد قضيت حقه لك أو لاني أرايتني ألا ترى انه لو صرح به يصح وهذا لان ليس لنفي الحال اه كافي

(قوله وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات) أي لان الإبراء يتحقق بلا معرفة أه كافي (قوله في المتن ومن ادعى على آخره باعه أمته الخ) قال الاتقاني وهي من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافاً بين أصحابنا وذكروا الخصاص هذه المسئلة في آخر أدب القاضي وأثبت فيها الخلاف فقال لا تقبل بيعة البائع على البراءة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تقبل أه (قوله وقال لا ينصرف إلى ما يليه) وقول ما استحسن كذا ذكر في الشامل في (١٩٦) كتاب الاقراء من قسم المبسوط

أه اتقاني (قوله فينصرف إلى الكل) أي للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال (قوله فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب أن شاء الله متصلاً بهذه الكتابة أه كمال وكتب أيضاً مانعاً قال الكمال وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب أن شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكروهو ولي ما فيه وتوكيل الجهول لا يصح أجيب بأن الغرض من كتابته إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من بوكله المدعى فلا يمنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده ودفع بأنه لا يقبل على قوله لان هذا

لا تقبل بيعة وفي الكافي قيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت إليه لا يقبل قوله للتناقض إذا ادعى إقرار المدعي بذلك فتقبل بيعة لان التناقض لا يمنع صحة الإقرار قال رحمه الله (ومن ادعى على آخره باعه أمته فقال لم أبعتها من قط فبرهن على الشراء فوجد به عيباً فبرهن البائع أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل) أي وجد المشتري بها عيباً فردها عليه فأقام البائع البيعة أنه أبرأ من كل عيب بها لا تقبل بيعة البائع وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبيعها هو وإنما باعها منه وكيله وأبرأه عن العيب فيكون صادقاً بذلك وتطهيره ما ذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لو ادعى الشراء من شخص وهو ينكر فأقام المدعي البيعة على الشراء منه وأقام المنكر البيعة أنه قد رد المسع عليه تقبل بيعة لما ذكرنا من التأويل أو يقول أخذ مني بيعة كاذبة ثم استقلته منه فأقالني ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيقتضي وجود العقد إذا لصفته بدون الموصوف لا تتصور وقد أنكره فيكون مناقضاً بخلاف ما تقدم من مسألة الدين لان الباطل قد يقضى على ما أمر قال رحمه الله (ويبطل الصك بان شاء الله) أي يبطل صك الشراء والإقرار إذا كتب في آخره أن شاء الله حتى يبطل الشراء والإقرار بذلك ولا يلزمه شيء لان الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في آخر الصك فن قام بهذا الحق فهو وكيل إن شاء الله أو كتب فخأ أدرك فلان من أدرك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبي حنيفة حتى يبطل الإقرار والشراء وقال لا ينصرف إلى ما يليه وهو الأخير فيبطل به ضمان المدرك والتوكيل ويبقى الدين على حاله إذا لاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيناق فلا وانصرف إلى الكل كان مبطلاله فيكون ضد ما قصدوه فينصرف إلى ما يليه ضرورة ألا ترى أنه لو كتب كتاباً إلى بعض أخواته أو وكلائه وقال في آخره بفعل كذا وكذا إن شاء الله ينصرف الاستثناء إلى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله أن الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وأمر أنه طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله وما ذكرنا من العادة أنما جرى بان يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلو فعل هنالك انصرف إلى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الإقرار لان الفرجة كالسكوت حال النطق ولان الاستثناء أنما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للبطلان ولهذا لا يبطل ما يليه أيضاً وفي الصك يبطل بالإجماع ثم إنما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم أن يكتب في أسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه أي وكيل بالخصومة بإثبات ما فيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لا يجوز إلا برضا الخصم عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل الجهول وان كان لا يجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فإذا رضخ فقد أسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولاً إذا لا يؤدي إلى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لا يفيد على قوله أيضاً وإنما يفيد على قول ابن أبي ليلى فان عند أبي حنيفة لما لم يجز توكيل الجهول لا يفيد رضاه وعند ابن أبي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله (وان مات ذمي فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب

ثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً وقيل بل فائدة التحرز عن قول ابن أبي ليلى (قوله في المتن وان مات ذمي الخ) ترجمه في الهداية بفصل في القضاء بالمواريث قال الاتقاني ذكر هذا الفصل في آخر أبواب القضاء لان الموت آخر أحوال الانسان في الدنيا فكان ذكر ما يتعلق بالموت مناسباً أه (قوله في المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) قال الكمال وكان الأولى أن يقال بل قوله القول قول الورثة لا تصدق الورثة إلا بيعة لان العادة أن من كان القول له يكون مع عيشه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يفعلون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم أه

(قوله قلنا سبب الحرمان ثابت) أي سبب حرمان المرأة وهو اسلامها من ميراث زوجها الذي ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب وأحال يصلح للدفع للاستحقاق اهـ (قوله فيثبت فيما مضت تحكما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر) هو استصحاب أعني استصحاب الماضي للحال نعتير بالدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ولكنه اعتير بالاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طال به مدة فقال كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال فإذا كان منقطعاً في الحال فعطف على الماضي لرفع أجره استحقاق الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب (٣٠٠) أحسن من التعبير بالظاهر فإن ما ثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار

أوفاته وأقرب أوفاته ما بعد الموت فتضاف إليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتير بالدفع وما ذكره هو يعتبره بالاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحت نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالقول للورثة أيضاً ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصود هذا ذلك وأما الورثة فإرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً فإصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعى به الاستحقاق في المسئتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسئتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقص منها ما إذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشتري فقأتها وهو في ملكي كان القول للمشتري فيما أخذ أرش منه فاستحق بالظاهر لا بالقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وأرشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما إذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جارياً في الحال يستحق الأجر بهذا الظاهر لا بالقول إنما لا يستحق بالظاهر إذا لم يكن سبب الاستحقاق موجوداً في الحال وأما إذا كان السبب موجوداً بيقين فيستحق به فهنا سبب الاستحقاق وهو عقد الإجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسألة الميراث فإنها ليست بموجودة في الحال ومنها أن المرأة إذا ادعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فاراً فترت وقالت الورثة أبانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف إلى أقرب أوفاته لا بالقول إنما ترث لأنها تكرر المانع وهو الطلاق في الصحة والأصل عدمه قال رحمه (وإن قال المودع هذا ابن مودعي لا وارث له غيره دفع المال إليه) يعني إذا مات رجل وله مال عند رجل ودبعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يجب عليه دفع المال إليه لا قراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما إذا أقر أنه ملك المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر رجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤول بالبيع إليه لأن فيه إبطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لأن يد المودع كبذل المالك فلا يقبل إقراره عليه ولا كذلك بعدم موته بخلاف المدين إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤول بالدفع إليه لأنه إقرار بخالص حقه إذا الدون تقضي بأمثاله فيؤمر بالدفع إليه ولو دفع إلى الوكيل في الدبعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لأنه ساع في نقض ما أوجبه وكان ينبغي له أن يسترد لأن إقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعبداً وله هذا يضمن إذا جاء المودع وأنكر التوكيل ولم يسلم إلى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغي أن يضمن لأنه في زعمه وكيل والمتع من وكيله كالمتع منه واختلف في اللقطة إذا أقر الملتقط أنها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصي الميت فصدق مودع الميت أو غاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع إليه قال

الآحاد قد ثبت ما يوجب استحقاقاً اهـ كمال وكتب مانصه قوله كما في جريان ماء الطاحونة اختلف في وجوب الأجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع فلا يجب الأجر وقال الأجر جار فيجب الأجر ولو كان الماء في الحال جارياً كان القول للأجير ولو كان منقطعاً كان القول للمستأجر وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ماضى بخلاف المفقود فإن هناك حكماً باستصحاب الحال الماضي في حق الحال فعلم أن العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال للماضي وتارة من الماضي إلى الحال اهـ كما في (قوله وأما الورثة فإرادهم الدفع) أي والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتير بهما للدفع للاستحقاق اهـ كمال (قوله حيث لا يؤمر

بالدفع إليه) أي لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه في الدبعة الآن إذ هو حي فيكون إقراره على مال الغير ولا كذلك بعدم موته لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه ما في يده من غير ثبوت ملكه له معين فيه الحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينقضي حق غيره أعني المالك لأنه لا علة بإبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الدبعة اهـ كمال (قوله إذا الدون تقضي بأمثاله) والمثل ملك المقر اهـ كمال وقوله بأمثاله أي لأباعتها فكان إقراره على نفسه فصم اهـ غاية (قوله ولو دفع إلى الوكيل في الدبعة) يعني لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الدبعة اهـ (قوله ولو لم يسلم إلى الوكيل حتى ضاعت) قيل يضمنها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالوكل منعها من نفس المودع وقيل لا لأنه لم يجب عليه الدفع اهـ كمال

(قوله كما اذا كان الاول ابنا الخ) قال الكمال وعمل يضمن الابن الثاني قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع الابن الثاني شيئا باقراره لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البتوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبتوة اقرارا بالمال وفي الدرية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى الابن الثاني الذي اقره اذا دفع (٣٠١) الوديعة بغير قضاء للقاضي

وبه قال الشافعي في قول واحد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره الثاني صادف ملكا غير مملوك منه شيء اه (قوله وهذا شيء احتاط به بعض القضاة) كانه عني به ابن أبي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة اه كمال (قوله وقال لا يأخذ الكفيل) أي لا يدفع اليهم حتى يكفوا اه فتح (قوله قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد) أي حتى يثبت عليه وان وقع اجتهاده مخالف للحق عند الله تعالى وقال محمد لونا غنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى كذا في التقويم (قوله في المتن ولو ادعى دارا ارثا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في دار في يدي رجل أقام رجل البيعة ان أبيات مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان ولا وارث له غيرهما قال يقضي له القاضي بنصفها ويترك النصف الباقي في يد الذي في يده الدار ولا يستوثق منه بكفيل وقال أبو

رجه الله (وان قال لا آخر هذا ابنه أيضا وكذبه الاول قضي للاول) يعني قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للاول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الاول قضي بالمال لابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول بنام معروف فاجل خلاف اقراره الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قبل ينبغي أن يضمن المودع هذا المقر له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا بدأ بالاقرار بما في يده لانه ان كان أقربا من الشافعي المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا هنا أيضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضاء للقاضي ذكره في النهاية قال رحمه الله (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقبل الشهود لان علم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يأخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لان علم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيلا بالاتفاق وتصل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى إقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب القسمة إن شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له وارث أو غيرهم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتي بغتة فيحتاج بالكفالة كما اذا دفع اللقطة أو الا بق إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولا يبي خيفة رجعه أنه أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم إلى أن يعطى الكفيل كما اذا ثبت الشراء من هو في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه وهذا لان القاضي مأثور بما ظهر عنده لا يطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره أرايت أنه لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والا بق واللقطة على الخلاف في الاصح إن كان الدفع إليه باقامة البينة لانه لما أثبت بينته حرم تأخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع إليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخير عدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال إن القاضي يتلوم في هذه الصور ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلم المانع لذلك لاننا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق إلى معنى آخر بعد ظهوره بيقين شرعا لاجل موهوم غير ثابت ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لان علم له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم تسكيف لوجب التسكيف فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاج لنفسه بطلب علم زائد باتقاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز ألا ترى أن القاضي يطلب من الشهود أن يقولوا لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يزاد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقد رمتهم فتوض الى رأي القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله وهو ظلم أي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على أن المجتهد مخطئ ويصيب وعلى أن أبا حنيفة رحمه الله بري عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد إذ هو لا مأثور به وهو حجة في حق عمله حتى يحكم بعلمه ولا يجوز له العدول عنه وإن أخطأ الحق الذي هو عند الله تعالى فيكون كأنه أصاب الحق قال رحمه الله (ولو ادعى دارا إرثا لنفسه ولا أخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى فقط) يعني أخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب في يدي السيد ولا يستوثق من

(٢٦ - زيلعي رابع) يوسف ومحمد اذا جدها أخذها منه وجعلها في يدي أمين حتى يقدم الغائب وان لم يكن بجدها ترك النصف في يده حتى يقدم الغائب الآخر الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال في المختلف قبل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف في القضاء ولكن في ترك نصيبه في يدي السيد هنا لفظ المختلف اه غاية

(قوله بخلاف ما إذا كان مقرا) أي لانه أمين الميت فلا يترع من يده لعدم الفائدة لانه إذا أخذ منه توضع في يدي أمين آخر فإذا كان الذي في يده دار أمين لا يحتاج إلى أمين (٣٠٣) آخره اتفاق (قوله وان كانت الدعوى في المنقول الخ) قال الزاهد العنابي ولو كان

عروضاً يؤخذ من يده بالاجماع لأن العروض يمكن تعيينه اه اتفاق (قوله ولهذا عليك الوصي) أي ولاجل ان المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار والبسع أبلغ في حفظه من تركه اه (قوله والقاضي نصب لقطعها لا لانشاءها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالب به فتشور الخصومة اه كمال (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء) أي ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن في غيبته اه فتح (قوله بخلاف نفس الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه اه (قوله ولو أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء) وهذا استحسان أخذه علماءنا الثلاثة اه غايه (قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل) أي بكل مال له سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اه (قوله وبه قال زفر) أي والبقى والنخعي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وقال مالك وأحمد يتصدق بثلاث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لا يبي لسانه حين قال ان من توبني ان أنخلع من مالي

ذي اليد بكفيل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال إن كان الذي هو في يده جاحداً أخذ منه وجعل في يدي أمين وإن لم يجد ترك في يده لأن الجاحدين فلا يترك في يده إذ لا يؤمن من الجحود ثانياً والقاضي نصب ناظراً للغيب وليس في تركه في يده من النظر شيء لأن البينة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الأخذ منه ووضعها في يده عدل ولا تخاف أن يتصرف فيه لأن من يدعي أن الشيء له هو في يده لا يمنع من التصرف فيه عدلاً كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقراً لأن النظر في تركه في يده متعين ولا يحنيفة رحمه الله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي أن يتعرض لودائع الناس ولا غيرها حتى يأخذها من أيدي من هي عنده فصار تطهير ما لو عرف القاضي ملكاً لانيان ثم رآه في يد غيره فانه لا يأخذ منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لأن القضاء وقع للميت مقصوداً ولهذا قضى على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة وتقضى بهادونه وتنفيذ فيه وصايا وصاحب اليد مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً وبحجوده قد ارتفع بقضاء القاضي فالظاهر أنه لا يضربه ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له والقاضي ومسجله في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل أن يموت القاضي فيعود إلى الانتكار لانا نقول موت القاضي أو الشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذي هو للغائب بالاتفاق بل يترع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا عليك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب لانه ولاية الحفظ عليه كالأب ذلك وكذا حكم وصي الأم والأخ والم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيما يملكونه وقيل المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضي كان أمارة فكان الترك أبعد من التوى وإنما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيها انشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشاءها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه ديناً كان أو عيناً فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه لانه الميت فلا يصلح نائباً لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائباً لهم أيضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المدعي في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده يتقدر بقدره لان دعوى العين لا توجه إلا على ذي اليد فلا يكون خصماً عنهم إلا في قدر ما في يده بخلاف ما إذا كان المدعي على الميت ديناً حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصماً عن الكل مطلقاً قال رحمه الله (ومن قال مالي أو مالي في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصديق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لأن اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولانا كلوا أموالكم ينكم بالباطل وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ومطلق المال في باب الصدقات بإيجاب الله فينصرف إلى البعض كما في قوله تعالى وفي أموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما يوجب العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والأرض يجري في جميع الأموال فكذا هي ولان العادة أن الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهي السوائم والتقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصيباً أو لم تبلغ قدر النصاب

يجزئك الثلث اه كمال (قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى) ألا ترى انه لو قال الله على أطعام ينصرف إلى أطعام عشرة مساكين استدلالاً بإيجاب الله تعالى فكذا هنا اه كما

وسواء

(قوله لان المتبرجنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها) وانما قالوا ونذر ان يتصدق بماله وعليه دين محبط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بما يكتسبه بعده الى ان يوفى اه كمال (قوله ويدخل فيه الاراضي العشرية) قال الكمال وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبية (٣٠٣) في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لان جهة المؤنة غالبية

عنده اه (قوله بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع وهذه رواية الزيات وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما ان الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف كالارث فتثبت بلا علم والوكالة انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضا اعتبارا بالوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي واذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل انطلق واشترع عبدى من فلان لنفسك فذهب فاشترام ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمر المشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا ذكرنا ثم قال وذكري الزيات وبعض رواية المأذون أنه لا يكون اذا ما لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام

وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين لان المتبرجنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه الاراضي العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة ولهذا يجب في أرض الصبي والمكاتب وفي أرض لأملاك لها كالأوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكري النهاية قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال ذكره الترمذي في معناه ولا تدخل الأرض الخراجية لانها تخضع مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأما المنازل وبيات البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما أملاك أو جميع ما أملاك في المساكن صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله ما لي صدقة أو جميع ما لي صدقة لان الملك أعم من المال الا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك التكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بأن قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانها يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في أحدهما واردا في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصديق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيها الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يمكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب عيّن من ذلك قدر قوته فاذا أصاب شيئا بعد ذلك تصدق به لئلا يملك لان حاجته مقدمة ولولم يملك قدر حاجته لتكف الناس من ساعته وليس من الحكمة أن يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يملك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدده من التخصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة وأهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرونها فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى أن يتجدده حاصله قال رحمه الله (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيئا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا أن أحدهما في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول أن الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك والولاية الا ترى أن أبا الصغير لو مات وباع الجذالة من غير علم بموته جاز فكذا هذا أما الوكالة ثابتة ولاية التصرف في ماله وليس باستحلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من ثبت له الولاية كاثبات الولاية بآيات الملك بالبيع ولأن الموكل قادر فيصرف بنفسه فلا يقو به النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والأذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لان الأذن مأخوذ من الأذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله (ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) أي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس كان وكبلا وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغير أو كبير لانه من المعاملات

المذكور في باب ما لا تجوز فيه الوكالة من شرح الكافي اه قاله الاتقاني في كتاب الوصية قال وقدمت عام البيان في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالوارث اه وانظر ما ذكره في المحيط في كتاب الوكالة في باب ما تقع به الوكالة وقد قال فيه فالخاصل أن الوكيل هل يصير وكلا قبل العلم به فيه روايتان والوصي يصير وصيا بدون العلم اه (قوله فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث) يعني لو باع الوارث تركته الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه اه بدائع (قوله في المتن ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) وقال الشافعي وأجد لا تثبت الوكالة بخبر

الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كثيراً من العقود ولأنه تسليط على مال الغير اه فتح (قوله وليس فيه الزام) فإنه مختار في القبول وعدمه فكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده (٣٠٤) وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي

وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التميز قال رحمه الله (ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالارجمها الله لا يشترط في الخبر بهذه الاشياء الا التميز لانها من المعاملات فصارت كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولا يثبت حنيفة وجه الله أن في هذه الاشياء الزاماً من وجه فيشترط فيه أحد شرطى الشهادة اما العدد أو العدالة بيان الزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف ولا يلزمه شئ على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوتة وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شئ وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها السكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعق و غيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه في كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات عند المحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فإذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد بيناه في السكاح وأما المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها فالاصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى يجب عليه الاحكام بخبره لان الخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا يشترط العدالة كالبر اذا أخبره رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه وأما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهى العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهى العبد وهذا في العزل القصدى وأما اذا كان حكماً فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقاً قال رحمه الله (ولو باع القاضى أو أمينه عبداً الغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أى ضاع عن العبد في يد البائع وهو القاضى أو أمينه لم يضمن القاضى ولا أمينه الثمن للمشتري لان أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان لانه لو لم يضمن الضمان لتقاعدا عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا الوقبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضى ولا أمينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله (ورجع المشتري على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهده عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبداً أو صبياً محجوراً عليه لان العقد وقع له قال رحمه الله (وان أمر القاضى الوصى ببيعه فاستحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصى) لان الوصى هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت أوصى اليه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضى لان القاضى انما نصبه ليكون قائماً مقام الميت لا ليكون قائماً مقام القاضى فصارت كمن أوصى اليه الميت قال رحمه الله (وهو على الغرماء) أى رجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملاً ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضى أو أمينه لانه قضى ذلك وهو مضطرب فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصى كقبضه والاوّل أصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له

ويشترى من الكافر اه فتح (قوله في المتن ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين) قال الكمال وأجمعوا أن الخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينعزل اه (قوله الا التميز) لانها من المعاملات وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة ومجلس القضاء فيعتبر خبر الواحد عدلاً كان أو لم يكن اه غايه (قوله فصارت كالاخبار بالتوكيل الخ) ثم اثبت الوكالة بصح خبر الواحد إذا كان أو عبداً عدلاً كان أو فاسقاً رجلاً كان أو امرأة صبياً كان أو بالعدو وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقاً وعند أبي حنيفة يشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل قالوا في شرح الجامع الصغير وعلى هذا الخلاف مولى العبد الجاني اذا أخبر بالجناية فباع أو اعتق هل يصير مختاراً للفداء وكذا الشفيع اذا سكت بعد ما أخبر بالبيع وكذا البكر اذا سكت بعد ما أخبر بانكاح الولي وكذا الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع وكذا العبد

المأذون أخيراً بالخبر فعند أبي حنيفة لا بد من العدد والعدالة حتى يصير المولى مختاراً للفداء ويطلحق الشفيع كان بالسكوت ويكون السكوت رضا في البكر ويلزم الشرائع على الذي أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة اه اتقاني والحاصل أنهما يعتبران الانتهاء بالابتداء غايه (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشتري) قال الكمال فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شك

وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف قالوا ويجوز أن يقال يرجع (٢٠٥) بالمائة التي غرمها أيضا بديالها ثم ما ضمن

للمشتري وفرضه مائة لانه لحقه ذلك في أمر الميت وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق أعني جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن فقيه خلاف قبل نعم وقال مجد الأئمة السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغريم إنما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفي الكاكي الاصح الرجوع لانه قضي ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت اه (قوله وان كان القاضي أو أمينه هو العاقد يرجع عليه) أي على الوارث اذا كان أهلا وان لم يكن أهلا نصب القاضي عنه من يقضي دينه اه كي (قوله وان كان عدلا جاهلا يستفسر) أي عن قضائه اه غاية (قوله لا يقبل قوله وان كان فاسقا) يعني سواء كان عالما أو جاهلا فشميل صورتين والاقسام على هذا أربعة عدل عالم لا يستفسر عدل جاهل يستفسر فاسق عالم فاسق جاهل لا يقبل قوله ما الا ان عاين الحجة اه (قوله ولو أقر الاخذ والقاطع في هذا الفصل) أراه هذا الفصل ما اذا زعم المأخوذ منه أو المقطوع عنه أن الاخذ أو القاطع وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عا. لانه فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي أو أمينه هو العاقد يرجع عليه المشتري لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجع أو بالقطع أو بالضرب فافعل وسعك وعمله) قيده هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع الصغير لم يقيد بهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة اولى الامر واجبة قال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه أخبر عن أمر علك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخاوه عن التهمة ولانه لا يولي في موضع واحد الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاصيا فعمل بذلك أن قوله حجة ثم يرجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا يؤخذ بقوله الا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضي عدل وبه أخذ مشايخنا رجعهم الله لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الاتيأ عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير معصوم عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة احياء الحقوق ولان الحياة في مثله فلما تقع وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الحية واحتمال الخطا لانه لعدالة يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهم يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليل فافان أحسن بأن ذكر شرائطه مثل أن يحكم بمحض الزمان لا باقرار أو بيعة فيأني بشرائطه عند التمسير وجب تصديقه لان عدالة تمنعه عن الكذب وان لم يحس بأن أخل في شرائطه من نصاب الشهادة أو التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا كذلك الا أن يعاين الحجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطأ والحياة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وان لم يصدق فلا تعين على القاضي لان العيّن يجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو أمين ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك الفلأودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذه ظمنا فالقول للقاضي) وكذا لو قال قضيت بكذا في حق اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه مال مقرأ أنه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما أقر أنه فعله في حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله ولا يجب على القاضي في ذلك عين لانه ثبت أنه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا عين على القاضي لما ذكرنا ولو أقر الاخذ والقاطع بما أقر به القاضي لم يضمن أيضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ منه انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضي أيضا لانه أسند الى حاله معهود متناقضة للضمان فصار كما اذا قال طلق أو اعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الأئمة السرخسي اذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة في الاسناد يحكم بالحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الاسناد الى حالة متناقضة الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار نفا الاسلام على الزدوي والصدور الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأما عبيد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا لو كيل بالبيع اذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للموكل ان كان المبيع مستهلكا وأن كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيه فيسير مديا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في العلة القائمة لانه أقرب بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك ولو أقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمن لانهما أقراب سبب

وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

(قوله ومن تطار هذه المسائل قال الوصي الخ) قال قاضيان رزحه الله في كتاب الوصايا في فضل في تصرفات الوصي في مال اليتيم وإذا بلغ الصبي وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لأنه أمين وإن قال أنفق مالك عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر وإذا اختلفا في المدة فقال الوصي مات أبوه منذ عشر سنين وقال اليتيم مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ قال شمس الأئمة السرخسي المذكور في الكتاب قول محمد أبا علي قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل أحدها هذه والثانية إذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً فأنفقت عليهم إلى وقت كذا ثم مات وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد أن القول قول الابن وقال أبو يوسف القول قول الوصي وأجمعوا على أن العبد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي والمسألة الثالثة إذا ادعى الوصي أن غلاماً للوصي أبق في ماله رجل فأعطيت حقه أربعين درهماً والابن ينكر الباقي كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن لأن يأتى الوصي ببينة على ما ادعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال استأجرت رجلاً ليرتفع فانه يكون مصداقاً والمسألة الرابعة إذا قال الوصي أدبت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك وقال اليتيم انما مات أبي منذ خمس سنين كان القول قول الابن في قول محمد لأن الوصي يدعي تاريخاً سابقاً وهو ينكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي لأن اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم (٢٠٦) المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل وإن قال الوصي

فرض القاضي لا خيك
الزمن نفقة في مالك كل
شهر كذا فاديت اليه لكل
شهر منذ عشر سنين وكذبه
الابن لا يقبل قول الوصي
عند الكل ويكون ضامناً
هـ

كتاب الشهادة

قال الكمال الشهادة لغة
اخبار قاطع وفي عرف
أهل الشرع اخبار صدق
بأبواب حق بلفظ الشهادة
في مجلس القضاء فتخرج
شهادة الزور فليست شهادة
وقول القائل في مجلس
القاضي أشهد برؤية كذا
لبعض العرفيات هـ

الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب ضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق فإن قيل قد وجدنا لا سنداً منهما أيضاً إلى حالة معهودت منافية للضمان فوجب أن لا يضمن أيضاً كلقاضي قلنا إن هذه حجة عارضا ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الأقرار بسبب الضمان لأن هذه حجة قطعية لكن أقرار كل مقرر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كان له فلا يصدق في دعوى تلكه إلا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسألة الغلة على ما بينا ومن تطار هذه المسائل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفق عليه كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما أنه أسند إلى حالة منافية للضمان وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا أعنت المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعها وأما حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان باسناده الفعل إلى حالة منافية له فأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقرب بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فصديق في إقراره ولا يصدق في دعواه التملك وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بأذنك فانكر الأذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مخلص والله أعلم

كتاب الشهادة

وكتب ما نصه قال الاتقاني ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لأن القاضي يحتاج في حكمة إلى الشاهد فكان ذلك من تقية حكمة وقال الكمال يتبادر أن تقديهما على القضاء أولى لأن القضاء موقوف عليها إذا كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمته تقديمه للفصود على الوسيلة هـ وكتب أيضاً ما نصه قال العيني ومعناها الحضور قال عليه السلام الغنية لمن شهد الواقعة أي حضرها والشاهد أيضاً يحضر القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ما ذكره الشيخ بقوله وهي أي الشهادة تخبر بحق لشخص على غيره عن مشاهدة القضية التي يشهد بها بالتحقيق وعن عيان أي عن معاينة تلك القضية والاشارة إليه بقوله عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا قدع ثم أكرم معنى الشهادة بقوله لا عن تخمين وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدر رخن بالتشديد وماده خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الأخبار لا يفيده التحقيق والتيقن فلا يجوز الشهادة بدو كدعوى العيان بقوله ولا عن حسابان بكسر الحاء من حسبه كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبان أي ظنته ويقال أحسبه بالكسر شاذو ما حسابان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر إذا عتد وجعل الشارح هذا معني لغوياً للشهادة ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن أخبار يصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لأن معناها اللغوي الحضور كما ذكرناه وهذا معناه الاصطلاحي وقوله أخبار عن مشاهدة وبيان هو أخبار يصدق

وأما كونه في مجلس القضاء فليس من غلام الحد وإنما من شروط الشهادة وشروط الشيء خارج عن ذاته كما عرف اه (قوله وركن اللفظ أشهد) وفي قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه فتح (قوله ولكن ترك ذلك بالنصوص) كقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وتظهيره من الكتاب والسنة كثيرة اه (قوله في المتن ويلزم بطلب المدعى) قال الكمال وسبب وجوبها طلب ذى الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشروطها البلوغ والعقل والولاية تفرج الصبي والعسد والسمع والبصر للحاجة الى التمييزين المدعى والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركن اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار اه وكتب أيضاً ما نصه وقال الكمال وسيبىة الطلب تثبت بقوله تعالى ولا ياب الشهاداء اذا ما دعوا وسيبىة خوف الفوت بالمعنى وهو أن سيبىة الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق اه (قوله وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأنم) قال الكمال وعن الفقيه أبي بكر فمين (٣٠٧) لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله

ارجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصلح جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه أن يتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا ادعى فاجر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة اه والوجه أن يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اه وكتب أيضاً المجتبى عن الفضل تحمل الشهادة فرض على الكفاية كدائها والاضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب الا أنه يجوز أخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة فممن تعينت عليه بإجماع الفقهاء وكذا ممن لم يتعين عندها وبه قال

قال رحمه الله (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان) هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تبنى على المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقاً لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة فشرطها العقد الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييزين المدعى والمدعى عليه وركن اللفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يأن أن تكون الشهادة حجة ملازمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله (وتلزم بطلب المدعى) أى يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعى لقوله تعالى ولا ياب الشهاداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تسكتوا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيًا عن الابهاء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون أمراً بضده اذا كان له ضد واحداً لان الانتهاء لا يكون الا بالاستغفال به فكان أداء الشهادة فرضاً قطعاً كفرية لانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل أكدوا لهذا اسناداً لاسم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله أقوى من اسناده الى كنه وقولهم أبصرته بمعنى آكد من قولهم أبصرته واسناده الى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأنم اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كلفوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت فقالوا لا يأنم وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأنم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريباً من موضع القاضي وان كان بعيداً بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأنم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخاً كبيراً لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء من المركوب فأركبه المدعى من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود وان كان يقدر وأركبه المدعى من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام الذي شهد عنده لو سترته بشريك لكان خيراً لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه

الشافعي في قول وفي قول يجوز لعدم تعيينه عليه ويستحب الاشهاد في العقود الا في النكاح فانه يجب وفي الرجة عند الشافعي وأجد اه كاكى (قوله قالوا لا يأنم لانه يلحقه الضرر بذلك) قال الكمال قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريباً فان كان بعيداً فعن نصرا ان كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخاً لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فممن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم جيراً فركبوا لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام للشهود وهو مأثور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخاً لا يقدر على المشي ولا يجده ما يستأجر به دابة فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاماً فكلوا ان كان مهياً من قبل ذلك يقبل وان صنعه لاجلهم لا يقبل وعن محمد لا يقبل فيهما وعن أبي يوسف يقبل فيهما وهو الاوجه للعادق بالحاربة باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهداً أولاً ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الأمير اه

(قوله وقوله عليه السلام) أي من رواية (٢٠٨) أبي هريرة اه كمال (قوله من ستر على مسلم ستر) الذي في الفتح ستره الله وكتب

مخبرين الستر والاطهار ولكن الستر أفضل لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدعوة عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل وإن شاء أظهر لأن فيه حكمة أيضا لأن فيه إزالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الآية لأن ظاهر الآية والله أعلم يقتضي أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لأجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولأن مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا إشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالشهادة بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فلهذا حسن والاول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فإنه آثم قلبه لأن المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا يأت شهداء إذا مدعوا أي إذا دعاهم المدعي إذا لم يدر ليس لهامدع يدعيها ولا أن الحدود وحق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقام أحد الحقيين على الآخر قال رحمه الله (ويقول في السرقة أخذ لا سرق) لأن الشهادة بالمال واجب إذا طلبه المدعي والستر في الحد أفضل على ما بينا وأمكنه الجمع بينهما ما باقاة الحقيين بقوله أخذ لأنه يحكي به حق المدعي ولا يجب به الحدود لأن القطع متى وجب عليه سقط الضمان فلا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيستوفاه مراعاة لحقه أذ هو محتاج إليه وفيه مسيانة للسارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة إلى إقامته قال رحمه الله (وشرط لثلاثة رجال) لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولقوله تعالى ولو لا جاءوا عليه بأربعة شهداء ولقوله عليه الصلاة والسلام اثبت بأربعة يشهدون على صدق مقالته وهذه اللفاظ موضوعة للحدود المؤثثة وقد انعقد الإجماع على اشتراط الذكور فيه لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب إشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الأربع مع وصف الذكور كورة تحقيق معنى الستر ووقوف الأربع على هذه الفاحشة فلا يتحقق وأوجب على من نسب إلى هذه الفاحشة الحدان كان أجنبيا واللعان أن كان زوجا كل ذلك يؤكده معنى الستر ويمنع من الإظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص البيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه لأننا نقول هو كذلك لأن التخصيص بالذكور لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء الذكور ولكن لا يوجب أيضا فن ادعى جواز ما دونه يحتاج إلى دليل كما أن النافي للحكم عند انتفاءه لا ينفى الالعدم دليل يقتضيه إذا ثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفاءه عند انتفاء العدد المذكور وهذا هو أجماع الأصحاب ومن بعدهم إلى يومنا هذا أن اليهود على الزنا إذا نقص عددهم عن الأربع يجب عليهم الحد لكونهم قذفة ألا ترى أن عمر رضي الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بعبادته لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب إلى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولو جرد النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع وأن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبقية الحدود والقصاص رجالان) الحديث الزهري مضت السنة من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولأن شهادة النساء فيها شبهة البدلية لأن كل اثنين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي وإنما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقة لان البدل الحقيقي لا يصار إليه مع القدرة على الأصل غالباً وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فإن لم يكونا رجلين قالوا إن لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهما مع وجود

أيضا وقوله عليه السلام) أيضا وقوله صلى الله عليه وسلم من ستر الخ زناه البخاري ومسلم اه فتح (قوله وإن شاء أظهر لأن فيه حكمة أيضا) قال في الهداية والشهادة في الحدود يخبر فيها الشاهد في الستر والاطهار لانه بين حسنتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل اه قال الكاكي الحسنة ما ينتظر به الأجر في الآخرة وفي الإصلاح احتسب بكذا أجزا عند الله تعالى والاسم الحسنة بالكسر وهي الأجر والجمع الحسب اه (قوله والاول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الاتقاني فان قلت كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الآية نزلت في المدائنة في حق العباد لا في الحدود بدلالة الأحاديث التي رويها آتفا اه (قوله وأمكنه الجمع بينهما باقاة الحقيين بقوله أخذ) أي فان الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبت الحد بها اه كمال (قوله وشرط القياس المساواة بين الأصل والفرع) أي لأن الزنا أعظم الجرائم وهذا مخرج فيه الرجم فلا يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن وبقية الحدود والقصاص رجالان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه الرجال (قوله والخليفين بعده) وتخصيص الخليفين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

يقاس على غيره اه من خطه (قوله في المتن وبقية الحدود والقصاص رجالان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه الرجال (قوله والخليفين بعده) وتخصيص الخليفين يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام

في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الانباع اه فتح (قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء) وهو قول مالك والثوري اه (قوله وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة) قال الكمال وأما حكم البكارة فإنهم قد نكحوا بكر يوجب العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت اليها وأنكرت ترى النساء فإن قلن هي بكر تخير (٢٠٩) فإن اختارت الفرقة فرق المحال وانما فرق

بقولهن لانهم تأيدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولولم تأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لافي الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب بريها النساء فان قلن هي بكر لزمت المشتري لمأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ويتوجه المين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعثتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزمت المشتري اه (قوله) وعندهما تقبل لان الاستهلال الخ) قال الكمال وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الابشهادة رجل أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوته مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر

الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط أيضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشئ يضاف الحكم الى الكل حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله (والولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطاع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراى به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه أن يشهد أربعة من النساء لان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيان العدد والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما في الآخر وهو العدد على حاله والحجة عليه ما رويناه من انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخفف النظر لان نظر الجنس أخف فكذلك يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد أخف والاحوط الاثنان أو الاكثر لما فيه من معنى الالتزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع وأما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من أمور الدين كشهادتهن في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعناق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لانه نقصان العدل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرهما ولا كذلك غير المال ولنا ما روي أن عمر وعلي رضي الله عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولأنها حجة أصلية لا ضرورة والاصل فيها القبول لو حود ما يبنى عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تنفي على الحرية والارث ولو حود أهلية القبول وهي تنفي على انتفاء التهمة بالكذب والغلط والكذب يتنفي بالعدالة والغلط يتنفي باتقان المعايينة والضبط والاداء لان الاول يحصل العلم للشاهد والثاني يحصل به البقاء والدوام والثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان المجبر بضم أخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهما الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوجه ألا ترى أن النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعناق والمال لا يثبت به شيء وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله (والكل لنظرة الشهادة والعدالة) أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما في اللفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل

(٣٧ - زيلعي رابع) الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أربع اه (قوله وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا) في المبسوط لو شهد بالولادة رجلان قال فاجابهم فاتفق نظري اليها يقبل ان كان عدلا ولو قال تعدت النظر لا يقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعدت النظر أيضا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي اه كي وقع

(قوله حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل الخ) وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند الخصم للاختلال اه كال (قوله والعدالة هي المعينة للصدق) فإن الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس (٢١٠) المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به اه فتح (قوله اذا فاسق أهل لولاية

القضاء والسلطنة) قال الكمال الا أن القاضي اذا قضى بشهادة الفاسق يتخذ عندنا ويكون القاضي عاصيا اه (قوله وعن أبي يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس الخ) ككباشري السلطان والمكسة وغيرهم اه فتح (قوله مكفهر) أي شديد العبوسة اه (قوله وهذا عند أبي يوسف ومحمد) ومذهب الشافعي كقولهما اه غاية (قوله الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلائية) أي ويستقصى درء الحد لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات اه (قوله فاكثني بالظاهر لعدم المنازع الخ) ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأول من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على ظاهر عدالة الاسلام كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله كالشفيع يستحق الشفعة الخ) أما لو وجد المشتري ملكيته للدار التي يشفع بها الشفيع فلا بد من إقامة البيئة خلافا لغير المسئلة

حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة تأكيد لانها من الفاظ اليقين فيكون معنى اليقين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من اللفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به الامر بل يتأتى بكل لفظ يعطى ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بافظ التكبير وغيره مما هو في معناه وكذلك الايمان يجوز بأي لفظ كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحماكم والحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لان من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هي المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ومن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من يباشر غير الكذب من المعاصي قديما شر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة ترجيح جهة الصدق وهي الاتزان جارعا يعتد حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذا فاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أو وجب التوقف في خبره لثبته قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه أنه صادق في الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمته الكذب في شهادته لانه لو جاهدته لا يتجاسر أحد على استنجاؤه لاداء الشهادة ولمروءته يمنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول أصح لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكرامه قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحب المحقوقين - وفي حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام اذ القيت الفاسق فلقه بوجه مكفهر ومن يكون مملنا بالفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد منه قال رحمه الله (ويسأل عن الشهود سرا وعلائية في سائر الحقوق) وهذا عند أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عنه في السر والعلائية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا الحدود وفي قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الاتزان جار لان عقله ودينه يمنعه عن مباشرة القبيح فاكثني بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع خلفها ولو زكي فالمركي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته ان جاره عن مخطورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة تطاهرة عليها ويست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا بظاهر اذ قابل الظاهر ان فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهم ما يدران بالشبهة ويحتاجون لاسقاطهما فيستقصى فيهما ما ابتدأ من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا ولهمسان القضاء يبنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة الدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة

مشهورة اه (قوله لانه لا يطعنه كاذبا بظاهر اذ قابل الظاهر ان) أي وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب ظاهرا بالظاهر فكذلك الخصم مسلم لا يكذب في طعنه ظاهرا فوجب السؤال ترجيحا لاحد الظاهرين على الآخر وهذا كمدعى الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضي إقامة البيئة على ملك الدار فاذا طعن الخصم فحينئذ يلزمه إقامة البيئة لان الظاهر لا يعتبر الا لزام اه

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لاجحة وبرهان) وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل انه اُفتي في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا بالقرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتي في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق وانما ظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه انما لما قطعنا بغلبة الفسق وقد قطعنا بان من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه ولم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة لامتداده فكان انما ظاهر الثابت بالغالب الى معارض اه كمال (قوله وهي الرقعة الى المعدل) ومعت بها السترا (٢١١) عن نظر العوام اه غاية (قوله ولا بد

في التعديل في العلانية الخ) قال الاتقاني وصورة تركية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله هذا الذي عدلته اه (فرع) اذا شهد فعديل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طالت فوكت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر كذا قال الكمال رحمه الله في فتح القدير وسباني هذا الفرع اه (فرع) لو تاب القاسق لا تقبل شهادته مالم يعض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مداه كمال قال في فتاوى قاضيان في أوائل كتاب الشهادة القاسق اذا تاب لا تقبل شهادته مالم يعض عليه زمان تظهر فيه التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض الى رأي

بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واستناد الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يقشوا الكذب حتى يخلف الرجل قبل أن يستخلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلونا والحديث الذي رويته لا يدلان على ذلك وهما كافيان في القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتي كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السران يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحله وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه وأصدقائه فاذا عرفهم فن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فينثني بصره ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتتنق شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفي بالسرفي زمانا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا وقتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح أنه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حربه الشاهد واسلامه مالم ينازعه الخصم وما ذكر في الجامع أن الناس أحرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذا الموضع بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان أبا الحسين ذكر في مختصره ان الناس أحرار الا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المتدعي عليه ان الشاهد عبد أو قال القاذف المقذوف عبد أو قال الشاج المشجوع عبد أو قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله فان التاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم بكونهم من المسلمين مالم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل على ما بينا قال رحمه الله (وتعديل الخصم لا يصلح

القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدالته والمعدل اذا قال لشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اه (قوله لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم) أي والتسوية والصفة فيجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعاً للشركة اه اتقاني (قوله ويكتفي بالسرفي زمانا لما ذكرنا) أول من سأل في السر القاضي شرح فقيل له أحدث يا أبا أمية فقال أحدثتم فأحدثنا اه كفاية (قوله وقال محمد رحمه الله تركية العلانية بلا وقتنة) وذلك لان الشهود يتقابلون المزكي اذا جرحهم بالاذى وتقع بينهم وبينه العداوة اه غاية (قوله والاصح أنه يكتفي بقوله هو عدل) والاول أحوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا يجوز شهادته اه غاية (قوله في المتن وتعديل الخصم الخ) قال الكمال ثم قال أبو حنيفة تفرعاً على قول من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المتدعي عليه اذا قال في شهود المتدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المتدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

معدلا لان العدالة في المزكّي شرط بالاجماع اه (قوله هكذا قال أبو حنيفة) أي قال أبو حنيفة في الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعي عليه على قول من يرى أن يسأل القاضي عن الشهود فكان هذا نظير مسألة المزارعة حيث قال أبو حنيفة ثمة أبيض على قول من يجيزها وذلك لأن من أصل أبي حنيفة أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص إلا إذا طعن الخصم ومع هذا إذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقل الشهود عليه هو عدل لا يكتفي بذلك حتى يسأل غيره لأن تعديل الشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدق على الشهادة ولفظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة أنه قال في قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال الخصم الشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه إلى هذا لفظ أصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره في شرح الجامع الصغير وهذا إذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما إذا قال هم عدول صدقوا في شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقتضى عليه اه اتقاني (قوله ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء) وعن محمد أن القاضي يسأل المدعي عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فإن قال بحق (٣١٢) فهو اقرار وإن قال بغير حق لا يفتى بشيء اه كافي في فرع ١٢ ولو شرح الشهود

واحد وعدلهم اثنان قبلت شهادتهم لان العدالة ثبتت بحجة رابعة ولو جرحهم اثنان وعدلهم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لان الثلاث والمتنى في الشهادة سواء فاستوى المعدل والجرح فرج الجرح لان المعدل وقف على ظاهر الحال والجرح وقف على الباطن وهو شيء لم يعرفه المعدل فالجرحان يثبتان شيئا لم يعرفه المعدلون والشهادة للاثبات اه من الواقعات لحسام الدين البخاري (قوله في المتن والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجة) قال في خلاصة الفتاوى والترجان اذا كان أعمى فعن أبي حنيفة لا يجوز عن أبي يوسف أنه

هكذا قال أبو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعي عليه الشهود لا يصح ومراعاة على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود وتطهير المزارعة فإنه لا يراها ومع هذا فرج عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعي عليه ظالم كاذب في الحدود فتزكية الكاذب العاصي لا تصح وعن أبي يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز اذا كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر إليه لانه لا يجوز تعديل الواحد أبو يوسف يجوز على ما يجيء من قريب والمراد به فيما إذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقه فقد لزمه الحق لا قرار به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا قال رحمه الله (والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجة) لان التزكية من أمور الدين فلا يشترط فيه إلا العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والأعمى والمحدود في القذف إذا تاب لان خبره مؤلوم مقبول في الأمور الدينية ألا ترى أن روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة من العدد وصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأ واحدة وتبها على مراتب الشهادة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبني على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكيته من لا تقبل شهادته كتزكية أحد الزوجين الآخر وتزكية والد الولد وبالعكس واشترط العدل في الشهادة أمر تعبدى ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا يرجح بكثرة الرواة ما لم تنبع حقا لتواتر فلا معنى لاشتراط العدل في الشهادة ولكن ترك ذلك للنص فبقي

يجوز اه غاية وقال الكمال في باب من تقبل شهادته عند قوله ولا تقبل شهادة الأعمى ويقبل أي الأعمى في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسمع وقد كتبت عبارته بكلماتها هذه والله أعلم (قوله حتى يجوز تزكية العبد والمرأة) قال الكمال وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة يجوز في تزكية المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العالقة الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظ الشهادة فقط اه (قوله وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في الشهادة) قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا اه قال في الواقعات لحسام الدين رجل هب رجلا في حضره وسفره ولم ير منه إلا الصلاح والخير لا يسعه أن يزكيه ما لم يصحبه ستة أشهر وهو قول أبي يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه فان عرفه بالعدالة عدله وان عرفه ثم تناوأت المدة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة وهذا تطاول سنة أو ستة أشهر اه (قوله لان التزكية في معنى الشهادة) أي ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اه اتقاني (قوله وجاز تزكية الخ) أي في تزكية السر قال الاتقاني وتعديل العبد لولا والابن للاب في السر يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف والصبي أهل لتعديل السر وكذا كل من لا تقبل شهادته اه وقال الشارح رحمه الله وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر اه قال في الخلاصة شرط انحصاف أن

يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر أما عندنا الذي يركبهم في السر يركبهم في العلانية اه غايه (قوله وقالوا بشرط المذكورة وعدد الشهادة في تركية شهود الحد بالاجماع) قال في الهداية وبشرط المذكورة في المزكي في الحد وقال الاتقاني يعني بالاجماع وكذا في الفصاح ذكره في المختلف في كتاب الشهادات في باب محمد وذ في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفة بشرط المذكورة في المزكي عند أبي حنيفة خلافا لهما اه وقوله بالاجماع أي المحكي فيه الاجماع كما ذكره في المختلف انما هو المذكورة وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به في الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبى وكذا ذكره الشارح نفسه في قول محمد وحده اه (قوله والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي) الظاهر أي المزكي يظفر في الاكل وكتب ما نصه قاضي الهداية وإذا كان رسول القاضي الذي يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنا أفضل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز الاثنان قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا في شروط الجامع الصغير وأرادوا بالرسول المزكي وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي يخبره عن حال الشهود اه وقال الكمال والمراد من رسول القاضي المزكي وهو المسؤول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذي يسئل عن الشهود وبالنسبة للفعل والحاصل أنه يكتفي بالواحد في تركية وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبه قال مالك وأحمد في رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعي وأحمد في رواية اه (٢١٣) قوله وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط

في الشهادة) قال الكمال فهذا الخلاف في تركية السر فأما تركية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاص اه وكتب ما نصه قال الاتقاني قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل الخلاف في عدد المزكي في تركية السر وأما في تركية العلانية فشترط بالاجماع ثم قال أهلية الشهادة في تركية السر ليس بشرط وفي الترجمة شرط اه (قوله في المتن) اه أن يشهد بما سمع الخ) قال الكمال قوله وما يتحمله على قسمين أحدهما ما ثبت

ما وراءه على الاصل وفي المحيط أجاز تركية الصبي وقالوا بشرط المذكورة وعد الشهادة في تركية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط في الكل اثنان ونبغي للقاضي أن يختار في المسئلة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فإن لم يكن في جبرته ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محله وإن لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم وتأثر الاخبار وهذا الذي ذكره كله في تركية السر وأما تركية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لأن معنى الشهادة فيها أظهر فأنما تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله (وله أن يشهد بما سمع أو رأى في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يشهد بيمينه) أي يجوز له أن يشهد في كل ما يتم بنفسه إذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وإن لم يشهد عليه بل يجب عليه إذا ادعى اليه لما تلوينا وروينا وهذا لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى لا آمن شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهدوا لا فدية ويقول أشهد بأنه باع أو أقر لأنه عاين السبب فوجب عليه الشهادة كما عاين وهذا إذا كان البيع بالعقد وظاهر وإذا كان بالتعاطي فكذلك لأن حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لأنه يبيع حكى وليس يبيع حقيقى ولا يقول أشهدنى الا ما أشهده كيلا يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول أشهد أن فلانا أقر بكذا فلان ولا يقول أشهدنى لماذا كذا ولو سمع من وراء الحجاب

حكمه بنفسه أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والاقرار والطلاق وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والتل فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه أو رأى الفعل كقتل وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففي الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقول ثم قال الكمال ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فإذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهد ذلك الشاهد على شهادة نفسه لأن الشهادة غير موجهة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الاثابة والتحميل اه (قوله وهو الشرط) أي العلم الموجب هو ركن المسوغ لإدعاء الشهادة لأنه لا حقيقة لمسوغ الإدعاء سواء اه (قوله لقوله تعالى لا آمن شهد بالحق وهم يعلمون) بيانه أن الله تعالى جوز أدعاء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة قبل عاينه بالاجماع أيضا اه اتقاني (قوله فاشهدوا لا فدية) فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما سمعته مني ثم قال بحضوره لرجل بقي لك على كذا أو غير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب في الحال اه فتح (قوله ولا يقول أشهدنى الا إذا أشهده كيلا يكون كاذبا)

ولا يجوز شهادة الكاذب اه غايته (قوله وايضا اذا فسر له) أي بان قال اني أشهد بالسمع من وراء الحجاب اه (قوله وقالوا اذا سمع الخ) رجلا ن شهدا على اقرار امرأة لرجل بالف درهم أو غيره وشهدا أن رجلا ن سواهما فلان وفلان أشهدا هما انها فلانة بنت فلان الفلاني قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز ذلك وذكر في العميون انه لا يجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد جماعة انها فلانة بنت فلان الفلاني وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يجوز ذلك وقال الفقيه أبو الليث اذا سمعوا صوت امرأة من وراء الحجاب أو رأوا شخصها وشهد عندهم رجلا ن عدلان انها فلانة جاز لهم أن يشهدوا على اقرارها وان لم يروا وجهها وأما اذا لم يروا شخصها لا يحل لهم أن يشهدوا على اقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث وذكر عن نصير بن يحيى أن ابنا للمجد بن الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبو سليمان عن هذه المسئلة قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يجوز له أن يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة انها فلانة وكان أبو يوسف وأبو بكر الاسكافي يقولان (٣١٤) يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وعليه الفتوى اه قاضي خان رحمه الله

(قوله لا يجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار) شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهدني فلان على نفسه بكذا وكذا قال لا ينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول أشهدوا على شهادتي بذلك قال نحر الاسلام وأصل أن الشهادة على الشهادة تحميل وتوكيل فلا تصح من غير تحميل اه اتقاني (قوله لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته) وهو بخلاف القاضي اذا شهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا

لا يسمع أن يشهد لاحتمال أن يكون غير ما ذلت التهمة تشبه التهمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له أن لا يقبله لان التهمة تشبه التهمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى أن الشهادة بالتسامع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لا تقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة الا بامره فلا يسمع أن يشهد على شهادته الا بالتصميم وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسمع السامع أن يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكّل حيث لا يجوز للسامع أن يتصرف مالم يوكّل لان الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتذكر روا) أي لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوباً بشهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم تلك الشهادة ولا أن يعضي تلك القضية ولا لراوى اذا وجد مكتوباً بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور وهذا لان فائدة الكتاب أن يتذكر اذا نظر فيه فانما يفيد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان يتقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوى أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا القاضي أن يحكم بالشهادة وأن يعضي القضية بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه مالم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلوم يكتف بما يجده في قطره لتعطل أحوال الناس ولان سجله في قطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكذا الرواة تكون في أيديهم فيؤمن من التزوير أيضا بخلاف كتاب الشهادة لان

لان قضاء حجة بغيره الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح العمل من غير اتمام اه اتقاني وكتب على قوله في الحاشية الصك بخلاف القاضي اذا شهد الخ مانعه قال الكاكي رحمه الله بخلاف ما لو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان السامع أن يشهد على قضائه بغير اصره لان قضاء القاضي حجة ملزمة ومن عاين حجة محل له الشهادة بما كالموعاين الاقرار والبيع أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضي خان وفي هذا التعليق إشارة الى أنه اذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز اه (قوله لا يحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة) أي التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا كما لا قدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه الا قطع وكذا الخصاص ذكره في أدب القاضي له ولم يذكر خلافا اه كمال (قوله وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب) قال في الخلاصة ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعا لم تداوله الايدي ولم يكن في يد صاحبه من الوقت الذي كتب اسمه وروى عنه فان لم يكن كذلك لا يسمع أن يشهد اه

(قوله ولونسي القاضي قضاة الخ) قال الكمال ولونسي القاضي قضاة ولا يجوز له قضاة شاهدان أنك قضيت بكذا هذا على فلان فان
تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يفتد ويقتضي به وهو قول
أحمد وابن أبي ليلى اه (قوله ولونسي كرجس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد) بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة
خلافهما اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد بمالم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اه كمال (قوله فله أن
يشهد بها إذا أخبره من يثق به) من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين اه كمال (٣١٥) (قوله والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة

لا تجوز) أي لأن الشهادة
مشتقة من المشاهدة
وذلك بالعلم ولم يحصل اه
هداية (قوله وعمر بن
الخطاب تزوج بنت علي بن
أبي طالب) واسمها أم كلثوم
على أربعين ألف درهم
ذكره الشارح في أخبار
الاولياء في كتاب النكاح
اه وقوله بنت علي أي من
فاطمة (قوله وقيل في
الموت يكتفي بأخبار واحد
عدل أو واحدة) قال
الاتقاني رحمه الله ذكر
القاضي الامام ظهير الدين
في نكاح فتاواه والتصحيح
أن الموت بموتة النكاح
وغيره لا يكتفي فيه بشهادة
الواحد اه وكتب أيضا
قال الكمال وقيل في الموت
يكتفي بأخبار واحد عدل
أو واحدة وهو المختار اه
فقوله وهو المختار مخالف لما
ذكره الاتقاني من التصحيح
اه وقوله يكتفي بأخبار
واحد عدل أو واحدة لانه
قل ما يشاهد حاله غير
الواحد إذا انسانيها به
ويكرهه فيكون في اشتراط

الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل ولونسي القاضي قضاة ولم يكن له محيل فشهد عنده
شاهدان بأنه قضى بكذا فعلى الخلاف المذكور وقيل عند أبي يوسف لا يعتد بذلك وعلى هذا أخبره قوم
يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا الوسم حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه
من روى عنه فعند أبي يوسف لا يعتد به ولا يجوز له أن يعمل به وعند محمد رحمه الله أنه يعتد بذلك في الكل
ولونسي كرجس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد قال رحمه الله (ولا يشهد بمالم يعاينه الا في
النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به)
والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما ينما من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان
أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لأن حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا
لا يجوز للقاضي أن يحكم بالنسب والحكم بحج مجتنب به الشهادة ولهذا الوسم لقاضي لا يقبله وجه
الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على اقتضاء
القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالنسب أدى الى الحرج وتعطيل الأحكام ولأن الأسباب
يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد الى الآخر عند الخطابات والمناداة والموت
بالعزبة وقسمه التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق بأحكام مشهورة
من المهر والنسب والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم
عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وأمثالها
لأنها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولأن
الناس فاطمة مجمعون على أنهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة ألا ترى أننا نشهد أن عليا رضى الله تعالى
عنه تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه تزوج بنت علي بن أبي
طالب ولوتعلقت بحقيقة علم النسب أدى الى عدم الشهادة أصلا لأن سبب النسب العلوق ولا علم
للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكنتي
في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له أن يشهد بهذه التواتر أو بأخبار من يثق به وإذا رأى امرأته يدخل
عليها رجل وينسب انما بساط الأزواج وسمع من الناس أنها زوجة جازله أن يشهد به وان لم يعاينه قد
النكاح وكذا إذا رأى شخصا جالساً بمجلس الحكم يفصل الخصومات جازله أن يشهد انه قاض قالوا وفي
الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول يحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل
في الموت يكتفي بأخبار واحد عدل أو واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لأن
الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه
لا يشترط فيه العدد فكذلك لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد أو أراد أن يشهد بموته عند
الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهد ان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولونسي رحمه الله حضر دقنه

العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح اه هداية (قوله ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة) قال الكمال ويشترط كون
الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت إذا قلنا يكتفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق اه (قوله ولو لم يحضر الموت الخ) قال الكمال
فإذا راها واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخير غيره ثم يشهد ان بموته ولا بد أن يذكر ذلك الخبر أنه شهد بموته أو جنازته
ودقنه حتى يشهد الاخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموت لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد بموته أو سمع
من شهد بذلك اه

(قوله وقوله وأصل الوقت) في قول شهادة التسامع في أصل الوقف وقول محمد بن وهب أخذنا الفقيه أبو الليث وهو المختار اه شرح المجمع
 للمصنف في كتاب الوقف (قوله يحترز به من شرائطه) قال الكمال وليس معنى الشروط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقول بيد أم من علمنا
 بكذا الكذا والباقي كذا وكذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا
 الواقف ينبغي أن يقبل ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف (قوله في المتن ومن في يده شيء سوى
 الرقيق لك أن تشهد الخ) قال الإمام قاضي خان رحمه الله في فتاواه في كتاب الشهادات في فصل في الشاهد يشهد بعد ما أخبر بزوال الحق
 وفي المتن إذا رأيت في يد رجل متاعا أو دارا أو وقع في قلبك أنه لم يرأيت بعد ذلك أنه في يد غيره وسعك أن تشهد أنه لا أول وان لم يقع في قلبك
 حين رأيت أنه لا أول لم يسمع أن تشهد (٢١٦) برؤيتك إياه في يده وان رأيت في يده فوقع في قلبك أنه لم يرأيت في يد غيره فأردت أن

تشهد أنه لم يشهد عندك
 شاهد عدل أنه الذي في يده
 اليوم كان هو أو دعه للأول
 بحضورهم لم يسمعك أن تشهد
 أنه لا أول فان شهد به عدل
 واحد وسعك أن تشهد أنه
 لا أول قال لان عند شهادة
 الشاهدين يقع في قلبه أنه
 ليس للأول فلا يحصل أن
 يشهد أنه لا أول بخلاف
 ما إذا شهد به عدل واحد
 لان بشهادة الواحد لا يزول
 ما كان في قلبك أنه لا أول
 فلا يحصل لك أن تمنع عن
 الشهادة إلا أن يقع في قلبك
 أن هذا الواحد صادق فأن
 وقع في قلبك ذلك لا يحصل لك
 أن تشهد أنه لا أول وذكر
 في المتن أنه إذا رأى شيئا
 في يد انسان ووقع في قلبه
 أنه حل له أن يشهد بأنه له
 وذكر في الجامع الصغير
 إذا رأى متاعا أو دارا في يد
 انسان ثم رآه في يد غيره حل
 له أن يشهد أنه لا أول ولم

فهو ما بينة وقوله وأصل الوقف يحترز به من شرائطه لان أصله هو الذي يشترطون شرائطه فلا يقبل
 فيها بالتسامع وذكر المرغيناني رحمه الله أنه لا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد
 أو الفقير أو ما أشبهه حتى لا يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه
 الأشياء ينبغي اعتبار التسامع في الولاية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه
 الصلاة والسلام الولاية كلمة كحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاية يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق
 بالنسب فالولم يحز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله أن العتق يبنى
 على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما بيني عليه وذكر خمس الاثمة السرخسي ان الشهادة بالعتق
 لا تقبل بالاجماع وذكرنا لماواتي رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغي أن لا يفسر أنه يشهد
 بالتسامع فلو فسر لا يقبله كعائنة شيء في يد انسان يطلق له الشهادة وإذا فسر لا تقبل قال رحمه الله (ومن في
 يده شيء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه) لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل بعرفة
 الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره
 وذلك راجع الى اليد لان الملك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التملك منه من المشتري فثبت
 به هذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للطاهر عند تعذر الوقوف على
 الحقيقة فتمنع الشهادة باليد تؤدي الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبها مضموح وهي مشروعة
 فما يؤدي الى انتفاء ما فهو المتنق وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له
 يحصل له نوع علم أو غلبة ذهن لان الشهادة بلا علم لا تجوز لما توافروا وروينا ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة
 في يد كاس أو كتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسمعه أن يشهد له قالوا لا يحتمل أن يكون
 هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد أنه له وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد
 مع التصرف وبه قال الخلفاء لان اليد متنوعة الى ملك وديعة وعارية واجارة ورهن فلا يعتاز
 إلا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متنوع الى وكالة وأصالة وشرط التنسقي التصرف مع اليد وان يقع
 في قلبه أنه له لان الأصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه
 غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالليل حقيقة وان رأى يشتريه لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفي
 بظاهر اليد تيسيرا اذا لا يصح أن تكون الاملاكة في يد ملاكها أو كينونتها في يد غيره عارض فرجنا بالاصل
 ولهذا يقضى له القاضي بايد قضاء ترك ثم المسئلة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والمالك بأن

يدكر وقوع في قلبه أنه له ولم يذكر التصرف مع اليد والصحيح ما ذكر في المتن لان اليد محتملة وكذا التصرف فلا يحصل له أن عرف
 يشهد ما لم يقع في قلبه أنه له اه وكتب أيضا قال الولوالجي رحمه الله في فتاواه في كتاب الدعوى وإذا ادعى المدعي دارا وشهد شهوده أن فلانا
 وهبها وقبضها أو باعها منه ولا يحتاج ان أن يقول باع وهو عليك في قول أبي حنيفة لان شهادتهم يقبض المدعي الدار من الواهب
 والبائع شهادة منهم ان الدار كانت في يد الواهب والبائع في يده ولو شهدوا أن فلانا وهب الدار من المدعي والدار كانت في يده يوم الهبة أو
 باع والدار كانت في يده يوم البيع تقبل البينة ويقضى به للمدعي لانهم لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نصاب قد شهدوا بالملك حكما لان
 الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك حكما لان الاملاكة لا تعرف الا بها ولهذا قالوا من رأى عينا في يد انسان لا يحصل له أن يشهد
 بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف المالك لحل له أن يشهد بالملك لهذا اه

(قوله جازله أن يشهد الأول بالملك إذا ادّعى بناء على يده) وظهر أن المراد بالملك المملوك اه فتح (قوله حل له أن يشهد استحسانا) والقياس أن لا يجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذلك في المشهود له اه فتح (قوله لا يحل له أن يشهد بالخ) لأنه محازف في هذه الشهادة اه فتح (قوله في المتن وإن فسر للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بعناية اليد (٣١٧) لا تقبل) قال قاضيان في فتاواه ولو

شهدوا بالملك وقالوا شهدنا
لأننا رأينا في يده لا تقبل
شهادتهم اه

باب من تقبل شهادته
ومن لا تقبل

لماذا كرمنا تسمع فيه الشهادة
وما لا تسمع شرع في بيان
من تسمع منه الشهادة ومن
لا تسمع إلا أنه قدّم الأول لأن
الحل شرط والشرط مقدم
كالطهارة في الصلاة اه
اتقاني وكسب مانعه قال
الكامل وأخره لأن الحال
شروط والشرط غير مقصود
لذاته والأصل أن التهمة
تبطل الشهادة لقوله صلى
الله عليه وسلم لا شهادة لمن
والتهمة تثبت مرة بعدم
العدالة ومرة بعدم التمييز
مع قيلم العدالة اه (قوله في
المتن ولا تقبل شهادة لاعمي)
أي مطلقا سواء عي قبل
التحمل أو بعده فيما يجوز
الشهادة قيسه بالتسامع أو
لا يجوز اه فتح وكسب
مانعه قال الاتقاني اعلم أن
شهادة الاعمي لا تجوز عند
أي حنيفة سواء كان بصيرا
عند تحمل الشهادة أعمى
عند الاداء أو أعمى في الحالين
وقال أبو يوسف إذا كان
بصيرا عند التحمل أعمى

عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة أحد ثم رآه في يد غيره بعد
جازله أن يشهد الأول بالملك إذا ادّعى بناء على يده والثاني أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا
بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان القلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي ينسب إليه الملك وادّعى
أن المحدود ملكه على شخص حل له أن يشهد استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما
بالتسامع والملك بالمعينة ولو لم يسمع مثل هذا الضاع حقوق الناس لأن فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلا
ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وإنما هو اثبات النسب بالتسامع وفي
ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمنع وإنما يمنع إثباته قصدا والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن يسمع
من الناس أنهم قالوا فلان بن فلان ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين
يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة
وسمع أنه في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسمع أن يشهد لأنه لم يحصل له العلم
بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق إشارة إلى أنه لا يجوز له أن يشهد في الرقيق إذا
رآه في يده لأن الرقيق يداعلى نفسه حتى إذا ادّعى أنه الرأصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يداعلى
الحقيقة حتى يعتبر لا طلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لا طلاق
الشهادة لأن الحر أيضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله أنه يجوز له أن يشهد في الرقيق أيضا وفي الهداية جعل ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله ووجهه
أن البديل لملك مطلقا لا ترى أن من ادّعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول الذي
اليد لأن الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا إذا كان الرقيق مميزا بر عن نفسه ولم يعرف بالرق
وإن كان لا يعبر عن نفسه أو كان معروفا بالرق جازله الشهادة بالملك إذا رآه في يده لأن الرقيق أو الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد غيره إذا لا يده على نفسه فصار كسائر الأموال قال رحمه الله (وإن فسر
للقاضي أنه يشهد له بالتسامع أو بعناية اليد لا تقبل) أي فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع في موضع يجوز
له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤيته في يده لأن
التسامع أو الرؤية في اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان
ومشاهدة أو إطلاق لا احتمال المشاهدة فيحمل عليه أما إذا كانت عن تسمع أو رؤية في يده فلا يريده علما
فلا يجوز له أن يحكم بها إلا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسمع نفسه ولو بوأتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد
إنسان فأولى أن لا يجوز بسمع غيره أو برؤية غيره وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب
لا يجب فكذا ينبغي أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به إلا أنا استحسانا في المواضع التي تقدم ذكرها
للضرورة التي ذكرناها وبقي القضاء على أصل القياس قال رحمه الله (وإن شهد أنه حضر دفن فلان
أو صلى على جنازته فهو معانة حتى لو فسر للقاضي قبل) لأنه لم يشهد إلا بما علم فوجب قبولها الدخوله تحت
قوله تعالى الأمن شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا إلا بما علمنا والله أعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة لاعمي) وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو رواية

(٣٨ - زبلي رابع) عند الشهادة تقبل شهادته في غير الحدود والقصاص وهو قول مالك والشافعي وابن أبي ليلى كذا ذكر
الخلاف في المختصر والمختصر وكذا ذكر خلاف أبي يوسف في أدب القاضي وفي الاسرار ولكن ذكرهم في الأئمة في شرح أدب القاضي
خلاف أبي يوسف كذلك ذكر قول محمد بن أبي يوسف ولم يذكر القدر في خلاف أبي يوسف بل ذكر المسئلة بخلاف كما ترى ولكن قال
في الكتاب المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة ومحمد وزفر إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عي لم تقبل شهادته وقال أبو يوسف تقبل إلى هنا

لفظ التقريب ثم قال نفسه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الأعمى في النسب لأن ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه إلى تطرؤ معانية كذا في التقريب وقال في الأسرار وعند زفر يجوز شهادة الأعمى فيما يجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الأسرار اهـ (وفرع لطيف) قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي مانعه ولو شهد ذي ذم ولم ينفذ الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل لأن الشهادة إنما تصير حجة عند اتصال القضاء بها وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وإن أسلم المشهود عليه بعد الحكم بالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كلها إلا الحدود لأن الأمضاء في باب الحدود من القضاء فصار الإسلام قبل الأمضاء كالإسلام قبل القضاء وكذا القصاص في النفس وفيما دون النفس لا ينفذ القاضي استحسانا لما قلنا وقد ذكر الولوالجي بعد هذا فوائد جيدة فتستطرعة اهـ قال الولوالجي قبل الفصل الرابع من كتاب الشهادات (١١٨) نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يدا وقصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء

بطلت لأن الأمضاء من القضاء في العقوبات اهـ (قوله وكذا إذا عمى بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط الخ) قال الاتقاني أعلم أن الشاهد إذا عمى أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف كذا ذكره التلصاف اختلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الأسرار ووجه قول أبي يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كالمات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جانا أو عيا بعد الحكم بها اهـ وكتب مانعه قال السكاكي رحمه الله في المبسوط لا تجوز شهادة الأخرس لأن الأداء يختص بلفظ الشهادة

عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يساوي البصير في السماع إذا لخل في سماعه وقال أبو يوسف والشافعي رحمه الله يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعانية وهو العلم والأداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا لخل في حفظه ولم يفت في حقه إلا الإشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرهما كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما إلا بالنسبة فيخشي عليه التلقين من الخصم إذا التفتة تشبه التفتة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التهرز عنها بحبس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لأنه لا يمكن التهرز عنه وفيه ضرورة أيضا لأنه يحتاج إلى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولأنه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا إذا عمى بعد الأداء قبل الحكم بها لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء تصير حجة فصار كما إذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعباد بالله تعالى بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية تنتهي بالموت وبالغيبه باقية على حالها قال رحمه الله (والمملوك والصبي) لأن الشهادة من باب الولاية لما فيها من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا الأصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية له ما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله (إلا أن يتعملا في الرق والصغر وأدبا بعد الحرية والبلوغ) لأنهما أهل للتحمل لأن التحمل بالمشاهدة والسماع وينبغي إلى وقت الأداء بالضبط وهما لا يتأفان ذلك وعند الأداء هما أهل للشهادة قال رحمه الله (والمحدود في قذف وإن تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا والاستثناء إذا تعقب بجملة بعضهم معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبد حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدارق وهو منصرف إلى جميع ما تقدم ولأن هذا اقتراء على عيدين عباد الله تعالى والاقتراء على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التائب بل إذا أسلم تقبل شهادته نهـ إذا أولى ولأنه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جاز أن تكون إقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لأنه فعل الغيبة وهو مطهر أيضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولما ماتا لو

باجماع الفقهاء حتى لو قال أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظة الشهادة لا تتحقق من الأخرس وبه قال الشافعي ووجهه في قول وماتوا أحد وقال الشافعي في الأصح تقبل شهادته إذا كان له إشارة مفهومة لأن إشارته حينئذ كترجعة لفظ الشهادة بلسان آخر وقلنا في إشارته تهمة ويمكن التهرز عنها بحبس الشهود كما في الأعمى اهـ (قوله في المتن والمملوك والصبي) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعنق والإسلام تقبل لأن المردود ليس بشهادة والقاسق لو ردت شهادته ثم شهد بعد التوبة لا تقبل لأن المردود شهادة فيكون فيه نقض قضاء قد أمضى بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الإبانة لا تقبل ولو شهد المولى لعبده ثم أعادها بعد العنق كذلك ولو شهد لولا بعد العنق وقد تحملها حال الرق جاز لما عرف إلى هنا لفظ الشامل اهـ اتقاني وكتب مانعه قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي ولو كانت عند الذي شهادة على المسلم فأسلم الذي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الإسلام شرط لأهلية الأداء فبرأى وقت الأداء إذا وجد اهـ

(قوله لاجل انه حد الخ) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنائيات سوى المحدود في القذف تقبل اذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف اذا تاب حيث لا تقبل والفرق ان رد الشهادة لهؤلاء كان لاجل (٣١٩) الفسق والتوبة يرتفع الفسق

أما شهادة المحدود في القذف

انما لا تقبل لانه من تمام

الحد وأصل الحد لا يرتفع

بالتوبة فكذا ما هو من

تمامه اه ولو الجلي في أواخر

الفصل الثالث من أدب

القاضي (قوله بعد التوبة)

زائد مفسد كذا بخط قارئ

الهداية رحمه الله وقد شطب

في نسخة على قوله بعد

التوبة وقد شاهدته ثانيا

في خط الشارح رحمه الله

قال في الدراية ما نصه

وفي المبسوط والصحيح من

المذهب عندنا أنه اذا أقام

أربعة من الشهود على

صدقه بعد الحد عليه تقبل

شهادته اه وهو كما ترى

يؤيد ما قاله قارئ الهداية

اه (قوله في المتن الآن

بحد الكافر في قذف) اعلم

أن الذي اذا حد في قذف لم

يجز شهادته بعد ذلك على

أهل النعمة ثم اذا أسلم جازت

شهادته على أهل النعمة

وعلى أهل الاسلام جميعا

اه غايه (قوله ولا الاجير

لمن استأجره) قال قاضيان

رحمه الله في فتاواه اذا شهد

الاجير لاستناده بشئ

اختلفت الروايات فيه ذكر

في كتاب الكفالة أنه لا يجوز

ذكر في الديات أجير القاتل

اذا شهد على ولي القاتل

بالعفو جازت شهادته وذكر

ووجهه أن الله تعالى رد شهادته على التائب فن قال هو موقوف على وجود التوبة يكون رد الما اقتضاء النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لأن القياس الخالف النص لا يصح ولأن رد الشهادة معطوف على الجمل المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذا عطف للاشتراك وتغايروهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم أن الجملة الأخيرة معطوفة على ما قبلها لأن ما قبلها حدود ولهذا أمر الأئمة به وقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بحد وإنما هو اخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حد إلا أن الحد يقع بفعل الأئمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء إلى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا أن الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعاً عن الأول فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراصون في العلم ألا ترى أنه لا يصلح جزاء لجريمته والحد ورد بالشهادة يصلحان جزاء لأن كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعاً لآلة الحاشية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فإذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لأن الواو فيه للعطف ألا ترى أن كلها جمل انشائية فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغفر في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهناك نص على التأييد فكيف يمكن القياس عليه ولا جاز أن يكون رد شهادته لنفسه لأن الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا لا الرد ولأنه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا أن رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا الواو أقام أربعة بعد ما حد على أنه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لأنه بعد إقامة البيئة لا يحد فكذا لا رد شهادته قال رحمه الله (الآن يحد الكافر في قذف ثم أسلم) فإنه تقبل شهادته بعد الاسلام لأن هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لأن التي ردت غير هذه ألا ترى أن المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الأولى لا ترد الثانية بخلاف العبد إذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة على أحد وقت الحد فلم يتم الرد لا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير إقامة البيئة على المقدوف أنه زنى على مامر وهذا لأن الرد من تمة الحد في الكافر ثم في حال كفره وفي العبد لم يتم إلا بعد الحرية ولو ضرب الذي في حد القذف سوطاً فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بمحد بل هو بعض فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه اذا ضرب السوط الأخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لأن الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الأخير لما عرف في موضعه وعنه أنه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لأن لا أكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لأن إقامة الحد مسقط للشهادة والحد لا يجزأ فإدونه لا يكون حداً بل يكون تعزيراً وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه أنها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر وروى عنه أنه اذا ضرب سوطاً سقطت شهادته وهي نظير مسألة اسلام الذي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لا يوبى وجهه وعكسه واحد الزوجين للآخر والسيد لعبد ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيد ولا المولى لعبد ولا الاجير لمن استأجره ولأن المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز أداء بعضهم الزكاة إلى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

انحصاف ان شهادة الاجير لاستناده مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا ان كان الاجير مشتر كالحجوز شهادته في الروايات كلها وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه وان كان أجير وحده مشاهرة أو مسانمة أو مياومة لا تقبل شهادته لاستناده لا في تجارته ولا في شيء آخر وما ذكر في الكفالة محمول على هذا كذا ذكر الناطق والامام الصدر الشهيد ووجهه ظاهر لأن أجير الواحد

يستحق الاجر بمضى الزمان واذا كان يستوجب الاجر لزمان اداء الشهادة كان متهما فيما شهد أما الاجر المشترك فلا يستوجب الاجر الا بالعمل الذي عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادة اجر انتقلت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اهـ (قوله وقيل المراد به الاجر مشاهرة لانه اجير خاص) قال في خلاصة الفتاوى ولا يجوز شهادة الاجير لاستانه اراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله وليس له اجرة معاومة أما الاجر المشترك اذا شهد للسناجر تقبل وأما الاجر الواحد وهو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانحة باجرة معاومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للسناجر ولهذا لا يجوز له أن يؤجر نفسه من آخر في تلك المدة فلو جازت شهادته للسناجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك لان شهادته من جهة منفعه (٢٢٠) وهي مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله في المتن فيصير كالسناجر عليها أى على الشهادة

فرق بين ان يكون على العبددين أو لم يكن لان له حقاً في ماله كيفما كان والمراد بالاجر في الحديث التلميذ الخاص الذي يعد ضرراً استانه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة للقانع بأهل البيت وأصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم كخدام والاجر والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لامن القناعة وقيل المراد به الاجر مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على منفعه فاذا شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له بأجر ومالك رحمه الله يخالفنا في قرابة الولاد هو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعي رحمه الله تعالى يخالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجة قد تكون سبيلا للنفار والعداوة وقد تكون سبيلا لليل والابتنار فصارت نظيرا لاختوة ولهذا يجري القصاص بينهما والحبس بالدين ولا يعتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمدينه المقلس ولنا ما روي من الحديث وما يبين من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا بعد أحدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عاثلا غنياً أي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد أولى وروى أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما شهدا على مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهداً آخر فقال مكان الحسن أو مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده في الرزقة ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لا شرا كهما فيه وهذا لانه بصير شاهد لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه أيضاً لانها شهادة واحدة فلا تجزأ ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا هو فاته لا يدخل في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروس ولهذا قالوا لو وهب لأحد هماً مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والمنعوت) أي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراعاة اذا كان يتعمد ذلك تشبهاً بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الردي عن الأفعال ويلين كلامه عمداً كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤثمين من الرجال والمذكرات

وقال الفقيه أبو الليث في كتاب العيون قال محمد بن رجل استأجر يوماً واحداً لم يكتب المحشى (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال السكاكي ما وجدته في الكتب المشهورة لأصحاب مالك اهـ وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل شهادة الزوجة زوجها لان لها حقاً في ماله لو جوب نفعها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اهـ قاله السكاكي اهـ وبقولنا قال مالك وأحمد اهـ (قوله ولا يعتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمدينه المقلس) قال في فتاوى قاضيخان ويجوز شهادة رب الدين لمدينه بما هو من جنس دينه كذا ذكره في الوكالة والجامع ولو شهد لمدينه بعدم موته بمال لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المدينون في حياته ويتعلق

بعد وفاته اهـ (قوله قنبر) قنبر عتيق لعلي كرم الله وجهه وهو يفتح القاف والباء وأما جديويه فيضم القاف وفتح من الباء فيسيويه هو عم عمرو بن عثمان بن قنبر اهـ (قوله قال أما سمعت) أي قال علي اهـ وكتب ما نصه وكان من رأى على رضي الله عنه قبول شهادته لولده اهـ (قوله الرزقة) قال الصغاني في مجمع البحرين والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجمع الرزقات وهي أطعم الجند وارترق الجند أي أخذوا أرزاقهم اهـ قوله وهي أطعم الجند قال في مجمع البحرين في باب العين والطمع رزق الجند ويقال أمر لهم الأمير بأطعمهم أي بأرزاقهم اهـ (قوله وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا في الحدود والخ) قال الاتقاني قال في الشامل في قسم البسوط ولا تقبل شهادة الشريك المتفاوض وان كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص وغير المتفاوض أيضاً في تجارته اهـ وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اهـ (قوله ولا يدخل فيه العقار ولا العروس) قلت قد قال فيها هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عروس وعقار اشترياً من مال الشركة اهـ كذا نقلته من خط قارئ الهداية اهـ

(قوله في المتن والناتجة) ليس بثابت في خط الشارح رحمه الله وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين
الاجقين المغنية والناتجة) وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم ان التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف والتوح كذلك خصوصا
اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام بلا خلاف وفي الذخيرة ولم يرد بالناتجة التي تتوح في مصيبتها وانما أراد التي تتوح في مصيبة
غيرها اتخذت ذلك مكسبة اه (قوله في المتن والعدوان كانت عداوته دنيوية) قال في خزنة المفتين ولا شهادة العدو وان كانت
العداوة بسبب الدنيا وتقبل ان كانت بسبب الدين (اخ) والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف اه وكتب
مانصه قال الماوردي في الاحكام السلطانية ويشهد لعدوه ولا يشهد عليه ويحكم لعدوه ويحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة
وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه في الحكم وتوجهت عليه في الشهادة اه (فرع) ولا تقبل شهادة المجازف في كلامه
وحكي أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه (١٢١) الى الخليفة فقال الخليفة ان

وزيري رجل دين لا يشهد
بالزور فلم رددت شهادته
قال لاني سمعته يوما قال
للخليفة أنا عبدك فان
كان صادقا فلا شهادة للعبد
وان كان كاذبا فكذلك
أيضا لانه اذا لم يبال في
مجلسك بالكذب فلا يبال
في مجلسي أيضا فعذره
الخليفة اه كاكى ستأق
هذه الحكاية في كلام
الشارح عند قوله والعمال
(قوله في المتن وممن الشرب
على اللهو) قال الاتقاني
رحمه الله ونقل الناصحي
في تهذيب أدب القاضي
عن الخصاصي فقال ولا
تقبل شهادة قطاع الطريق
والصوص وأصحاب الفجور
بالنساء ومن يعمل عمل قوم
لوط ومن يشرب الخمر ومن
يسكر من النبل لان هؤلاء
فساق ولم يشترط الخصاصي
في شرب الخمر الا ادمان كما ترى

من النساء وأما اذا كان في كلامه لين وفي أعضائه تكسر خلقته ولم يشتهر بشئ من الافعال الردية فهو
عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله (والناتجة والمغنية) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين
الاجقين المغنية والناتجة أطلقه في حق المرأة ولم يقيد بمكونها تغني للناس وقيد به في حق الرجل لان
نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجل على ما تبين قالوا المراد بالناتجة هي التي تتوح في مصيبة
غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة أما التي تتوح في مصيبتها فلا
تسقط عدالتها قال رحمه الله (والعدوان كانت عداوته دنيوية) لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن
ارتكبها لا يؤمن من النقول عليه أما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل على
قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته به فيه والذي يوضح
لذلك هذا المعنى أن المسلمين يجعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت
مانعة لما قبلت قال رحمه الله (وممن الشرب على اللهو) أي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها
كبيرة وفي الكافي قال إنما شرط الايمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك
منه لا يخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه أو يخرج
سكران فيلعب به الصبيان فإنه لا امر ومثله ولا يحتج زعن الكذب عادة وقال في النهاية اطلاق الشرب
على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الايمان
شرط في الخمر أيضا في حق سقوط العدالة وذكروا في فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا
مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة
مدمن الخمر ثم قال شرط الايمان ولم يرد به الايمان في الشرب وانما أراد به الايمان في التوبة يعني يشرب
ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجد ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة
سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الايمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب
فشرط الايمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم يشرب
لانه تشبه بهم ولم يحتج زان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحتج زعن شهادة الزور قال رحمه الله (ومن
يلعب بالطيور) لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو أيضا مشبه وبورث الغفلة أيضا وقد قال عليه
الصلاة والسلام ما أنا من دد ولا ددمني ولان الغالب فيه أن يصعد الى السطح ليطير طيره فيستقر الى

وجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط شهادات الايمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر
وفائدة انه اذا شرب في السر لا تسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم
يديم عليه فهو تائب نادم اه وكتب مانصه قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فاما من ادمن الشرب على غير اللهو ولم يسكر وهو لا يعتقد
تحليله فشهادته مقبولة لانه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا يترك المروءة اه وكتب أيضا مانصه قال الخبازي في حواشي الهداية وانما
أراد به غير شارب الخمر لان شارب الخمر مردود الشهادة على كل حال فلا حاجة الى ابطال شهادته الى شربها على اللهو اه (قوله ليتناول)
الذي بخط الشارح لسياق جميع الاشربة اه (قوله وكذلك من يجلس مجالس الفجور الخ) وقال الناصحي أيضا ولا تقبل شهادة من
يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وترك الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن
نفس الجالس فسقا فلا تقبل شهادته اه اتقاني (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم ما أنا من دد ولا ددمني) الدد اللهو واللعب

وهي محذوفة اللام وقد استعملت متممة كندى وذن كبدن ولا يخالو المحذوف أن يكون باء كقولهم يد في يدي أو نونا كقولهم اد في لدن ومعنى تشكير الد الشياخ والاستغراق وان لا يبقى منه شيء إلا وهو منزعه عنه أي ما أتاني شيء من اللهو واللعب وتعريفه في الجملة الثانية لأنه صار معهودا بالذ كركانه (٢٢٢) قال ولأنك النوع مني وإنما يقل ولا هو مني لأن الصريح أكد وأبلغ اه ابن

الاثير رحمه الله (قوله ولو كان يقتني الحمام في بيته (الح) أولجل الكتب كافي ديار مصر والشام اه قارئ الهداية (قوله لما روى أن السرايين مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني وكان البراء بن مالك حسن الصوت اه الاصابة (قوله والاوجه ما ذكره المتكلمون اخ) قال في الدراية وقيل أصح ما فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة وكذا الاعتناء في المعاصي والفجور والاحت عليها من جملة الكبائر كذا الذخيرة والحيط اه (قوله في المتن أو يدخل الحمام (الح) قال قاضيان ولا شهادة من يدخل الحمام بغير ازار إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك اه (قوله لان كشف العورة حرام) أي ومن تركب الحرام فاسق فلا تقبل شهادته اه اتقاني (قوله في الشرح من غير متر) الذي سمعته من شيخني العلامة الغزي رحمه الله الامتز اه (قوله وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به) لأنه إذا لم يكن مشهورا به فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بهتمة معصية لم تتحقق اه غايه (فرع) قال الساجي في

عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته ليستأنس به لا ليظهر فلا بأس به ولا تسقط عدالته بمثله لان امسالك الحمام في البيوت مباح ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمام من غير تكبير إلا إذا كانت تجرحامات آخر مما لو كلفه غيره فتفرخ في وكراهيا كل ويبيع منه لأنه ملك الغير فلا يحل لذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله (أو يغني للناس) لأنه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخالو عادة من ارتكب كبيرة بالمجازفة والكذب وقبده بكونه يغني للناس أي يسمعهم لأنه لو كان لا سماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره فلا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وإن كان فيه ذكر امرأة معينة فإن كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وإن كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه إعلانا للنكاح وقد قال عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال إذا كان يغني ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن المشايخ من أباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الأقاويل بحمد الله تعالى وكرمه قال رحمه الله (أو يرتكب ما يوجب الحد) لأنه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر ترتب شهادته واختل قوافي الكبيرة فقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشرار بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبيعت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها كل الربا وكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمة دليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد أو قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما وإنما يعرفان بالاضافة فكل ذنب إذا نسبته إلى مادونه فهو كبيرة وإذا نسبته إلى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أو عدا عليها في القرآن أو في الحديث المشهور تنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه من يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليل على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب تطيرة عادة وقيل إذا ارتكب ما يكون شنه عادة فليس يعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة وإلا فصغيرة وقيل ما سعى في الشرع فاحشة فكبيرة قال رحمه الله (أو يدخل الحمام بغير ازار) لان كشف العورة حرام وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى أبو حنيفة رحمه الله رجلا في الحمام بغير ازار فقال

ألا أيها الناس خافوا إلهكم ولا تدخلوا الحمام من غير متر

وذكر الكرخي ان من عشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لأنه تارك للروية قال رحمه الله (أو يأكل الربا) لأنه من الكبائر وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لأنه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولأنه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل في شرط فيه الادمان قال رحمه الله (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تقوته الصلاة بسبيهما) لان كل ذلك فسق وكذا إذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا

مشهورا به فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بهتمة معصية لم تتحقق اه غايه (فرع) قال الساجي في لان تهذيب أدب القاضي حكى عن أبي الحسن أن شياخا وصارعا الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا خف وان لم يحكم بنفسه لانه اه اتقاني رحمه الله (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيل والمسهود والرقاص والمسخرة بلا خلاف اه معراج الدراية

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام وما عون من يلعب بالترد) وهو حرام بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله فلا ترد شهادة ما لم ينضم اليه أحد المعاني الثلاثة) قال الاتقاني أما إذا لم يوجد أحد هذه ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة في وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يحلف بالكذب فإنه لا تسقط شهادته وذلك لأن العلماء اختلفوا في حرمة اللعب بالشطرنج وإباحته عند انعدام هذه المعاني فعلى قول مالك والشافعي يحل كذا نقل مذهبنا شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي في باب المسئلة عن الشهود ولأن الناس لا يعدونه من الكفار ولا يستخفون صاحبها فلا ترد شهادته اه (قوله في المتن أو يبول أو يأكل على الطريق) (٢٢٣) أي يرى الناس لأنه تارك

للمروءة اه قارئ الهداية (قوله وكذا لا تقبل شهادة من يأكل الخ) والذي وجدته بخط شيخنا مكتوباً بعد يا كل أو يشرب اه وكتب مانصه (قوله وكذا لا تقبل شهادة الخ) قال الكاكي لأنه لا يفعل ذلك من كان له مروءة وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بخلاف بين الأئمة الأربعة حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته وكذا من يدرج عليه عند الناس أو يكشف رأسه في موضع لا عادة فيه مما يجتنبه أهل المروءة (قوله في المتن وتقبل لآخيه وعه) وذلك لعموم قوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم فيعمل بجمومه إلا ما ورد التخصيص بالدليل اه اتقاني (قوله في المتن وأهل الأهواء) قال الاتقاني أراد بأهل الأهواء أصحاب البدع كالخارجي والرافضي الجبري والقيدي والمشيبي والمعتل ويسمى أهل البدع أهل الأهواء ليلهم إلى

لأن كل ذلك من الكبار وقالوا في الرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لأن نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالترد ومن يكون ملعوناً كيف يكون عدلاً بخلاف الشطرنج لأن الاجتهاد فيه مساعاة فلا ترد شهادته ما لم ينضم اليه أحد المعاني الثلاثة التي ذكرناها آنفاً قال رحمه الله (أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف) يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كأي حنيفة وأصحابه لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمنع عن مثلها لا يمنع عن الكذب عادة بخلاف ما إذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة أهل الحرف لكثرة الإيمان الفاجرة منهم وأكثرهم على أنها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل عن يكثر شتم أهله ولا ممن يشتم الناس قال رحمه الله (وتقبل لآخيه وعه وأبويه رضاعاً وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأته وأبيه وابنه) لأن الأملاك بينهم متميزة والأيدي متميزة ولا سطوة لبعضهم في مال البعض فلا تحقق التهمة بخلاف شهادته لقرباه ولأولاداً وأولاداً الزوجين إلا أنحر على ما بينا قال رحمه الله (وأهل الأهواء الخطائية) وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الأهواء لأنهم فسقة إذا فسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا أن الفاسق إما أن ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما أوقعه فيه الاتينية ألا ترى أن فيهم من يكفر بالذنب وفيهم من يجعل منزلته بين الإيمان والكفر فيكون هو أقوى اجتناباً عن الكذب حذراً عن الخروج من الدين ولأنه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياساً على غير صاحب الهوى وهواه عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستجيب المثلث أو متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال رأيت أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه ولو شهدوا بين يدي علي أكان يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد عثمان بدعة وهواه فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط في الذخيرة لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية أن أصول أهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنتي عشرة فرقة والخطائية قوم من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأجدع يستجيزون أن يشهدوا للذي إذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذباً باعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم لمعه أقدم على الشهادة بهذا الطريق وقبل إنهم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب أن يشهد له ببقية شيعته وذكر الأقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايس لأنه كان يزعم أن علي بن أبي طالب إله الأكبر وجعفر الصادق إله الأصغر قال رحمه الله (والذي على مثله) وقال الشافعي رحمه الله ومالك لا تقبل شهادة الذي على ذي مثله ولا على الحربي لأنهم فسقة بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن وهو أغلظ من الفسق تعاطياً فكان أولى برده شهادته ولأن الله تعالى

محبوب أنفسهم بلا دليل شرعي أو عقلي فالهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه وقد مر في التبيين في باب أقسام السنة اه (قوله بالكنايس) كذا هو في نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك الكال والذي في شرح الهداية للاتقاني نقلاً عن شرح الأقطع وصلبه بالكنايسة اه قال في معجم البلدان لياقوت الكنايسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت الكنايس وقد وقفت على نسخة من شرح الأقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضي القضاة الغزي رحمه الله ونصها فيهم يعني الخطائية قوم ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنايسة اه (قوله في المتن والذي على مثله) اتفقت ملتهما وأختلفت اه (قوله بين الله تعالى فسقهم في آيات من القرآن)

قال ممن ترصنون من الشهداء الكافر غير مرضى ولأن شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف
تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولأن قبول شهادته يؤدي إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز
أن يلزم المسلم شهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالإجماع كي لا يلزمه شيء يتضرر به
بشهادة الكافر ولا هم لا يحتجبون الكذب فإن الله تعالى أخبر عنهم أنهم ينكرون الآيات عند ما مع
علمهم بأنه حق قال الله تعالى وبمحمد وأبها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم
والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلا لها كالمترد ولأنه ليس بأهل للشهادة على المسلم فكذا على
الكافر كالعبد لأن من كان أهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبي ليلى إن اتفقت ملتهم
تقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لأهل ملة على
أهل ملة أخرى إلا المسلمون فإن شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ما روى أنه عليه الصلاة
والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبي موسى الأشعري وجابر بن عبد الله أنه عليه
الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف وقوله تعالى وأختران
من غيركم أي من غير أهل دينكم وهو مبني على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا فهذا نص على أن شهادة
الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر أولى ثم انتسخه في حق المسلم لأجل أن ولايتهم على
المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين
كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لأنه معطوف على قوله تعالى ما لكم من
ولايتهم من شيء فإذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام
الغير فدل ذلك على أن الآية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد علم بها بعض الصحابة في حق
المسلمين أيضا فإن أبا موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه أمضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما
رواه أبو داود والدارقطني وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها لجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم
قالت فإنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوها وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه
أحمد فهذا يدل على أنها ليست بمنسوخة في حق المسلم أيضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع
القبول لأنه يمتنع عن محظور دينه أشد الامتناع والكذب محظور في الأديان كلها والرضائيت في
حق الكافر في حق المعاملات بصفة الأمانة لأن الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من
أن تأمنه بقنطار يؤثمه البسك فخرجت الآية مخرج الوصف لهم بالأمانة والأمانة مرضية وإن لم يكن
الكافر مرضيا للكفر ولما كان مؤثما في المعاملات كان مؤثما في الشهادة لأنهم من أداء الأمانة
والفرق بينه وبين العبدان العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبي والشهادة من باب الولاية
والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلا للشهادة أيضا على جنسه والقاضي لا يلزمه القضاء بقول
الكافر وانما يلزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أدائه كما يلزمه النظر للغيب
والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأي سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد
والعناد والجور الذي حكى الله تعالى عنهم في حق من كان في ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون
من في عصرنا منهم أن يكون عالما بالحق بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو علم لا سلم وقد
كان في ذلك الزمان أيضا من لا يعلم ألا ترى إلى قوله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانى وقال
تعالى وإن فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلا للشهادة لا يختلف بين شخص
وشخص قلنا إنما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعا ألا ترى أن
شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقربائه ولا دا لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا
يعد رد الشهادة بالنسبة إلى شخص للثمة فكذا هذا والمراد بالولاية له على أحد فلا تقبل شهادته على
أحد كالعبد والصبي ومثل الكفر كله من واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت ملتهم

منها قوله في سورة النور ومن
كفر بعد ذلك فأولئك هم
النافسون ولا تقبل شهادة
النافس لقوله تعالى إن
جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أه
(قوله وإن اختلفت لا تقبل)
كشهادة اليهودي على
النصراني وعكسه أه كمال
(قوله ولما روى أنه عليه
الصلاة والسلام رجم
يهوديين الخ) قال الاتقاني
ولنا ما حدث الطحاوي في
شرح الآثار بإسناده إلى
عاصم الشعبي عن جابر بن
عبد الله أن اليهود جاؤا إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم برجل وامرأة منهم
زنياف فقال لهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم اتقوني
بأربعة منكم يشهدون
فعل بذلك أن النبي صلى الله
عليه وسلم جاوز شهادتهم
عليهم أه (قوله والمترد
لا ولاية له على أحد) لأنه
لا دين له يقر عليه أه اتقاني

(قوله في المتن والحربي على مثله لا على الذي) قال في الهداية لا تقبل شهادة الحربي على الذي قال الكمال أراد به المستامن لانه لا يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا أمان قهر الاسترق ولا شهادة للعبد على أحد اه (قوله والذي أعلى حاله لانه من أهل دارنا) وقد قبل خلاف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وياه اه اتقاني فهو أقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذي عندنا لا بالمستامن اه كمال رحمه الله (قوله والحربي مثل الحربي) قال الاتقاني وتقبل شهادة المستامين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة ولهذا لا يجري التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذلك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكما قال الناصبي في تهذيب أدب القاضي فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة لانا وقضينا الفضيحة الا أن ولا يجوز أن يقضى بشهادة كافر على مسلم واذا عرض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به كالمورد رجوع الشهود قبل القضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطران ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كالمورد رجوع الشهود بعد القضاء الا في الحدود والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني أدرك ذلك عنه لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا عرض ما منع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اه (قوله وألم اذا أذنب) قال الاتقاني ألم أي أتى اللثم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا في تهذيب الديوان اه (قوله وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسنة أغلب الخ) قال في الهداية واذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية قال الكمال هذا هو معنى المروى عن أبي يوسف في حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث (٢٢٥) لم يتعرض لامر المروية بل اقتصر

على ما يتعلق بأمر المعاصي والمروى عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصرف على صغيرة ويكون شرا أكثر من حسناته وصوابه أكثر من خطئته ومروية ظاهرة ويستعمل الصدق ويحجب الكذب ديانة ومروية هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأل عبيد الله بن سليمان وزير

لان بعضهم ليس في قهر بعض فلا يؤدى الى القول عليه قال رحمه الله (والحربي على مثله لا على الذي) لانه لا ولاية له على الذي وله ولاية على الحربي والذي أعلى حاله لانه من أهل دارنا فخازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة أحدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالأفريق والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المدة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما مدام الآخر وماله قال رحمه الله (ومن ألم بصغيرة ان اجتنب الكبائر) أي تقبل شهادته من عصي معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر واللم الصغيرة وألم اذا أذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسنة أغلب من سيئاته وقدمضى ذكر الكبائر والصغائر في الكلام في العدالة والاصل ان الله - ع - لا شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل للعبادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هو يضل ويصد عنه الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حديد مداه ويكتفى لقبول الشهادة

(٢٩ - زيل على رابع) المعتضد عن العدالة فقال له أحسن ما نقل في هذا الباب ما روى عن أبي يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصارى القاضي ثم ذكر ذلك وكان يكفيه أن يقول ومروية ظاهرة وقول المصنف فاما الامام بمعصية فلا تقدر به العدالة يريد الصغيرة ولفظ الامام وألم اشتهر في الصغيرة ومنه قول أبي خراش وهو يسي بين الصفا والمروية

ان تغفر اللهم تغفر رجلا * وأى عبيد الله لا أألم

هكذا أورده القتيبي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى أمية ونسبه صاحب النخبة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليه ما نهى ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متاولا في تركها كان يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا ابتكر الجمعة من غير عذر فممن من أسقطها بجمعة واحدة كالحوائى ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسيحي إلى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوى على صوم الغد أو موافقة الصيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسنته ابته في النفقة في طريق مكة كأنه رأى منه تضيقا وشاحا يشهد بالخل وذكر الخصاص ان ركوب البحر للتجارة والتفرج بسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدنه ونفسه لئلا المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤذ كانه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقة مشهودا قال المشايخ ان شهدوا حل بهم الطعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم اه ما قاله الكمال

(قوله في المتن والاقلف الخ) وما عن ابن عباس أنه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته إنما أراد به المحسوس ألا ترى إلى قوله لا تؤكل ذبيحته اه كال (٢٢٦) رحمه الله (قوله الثالثة) الذي بخط الشارح لأنها تكون الثالثة اه (قوله

في المتن والخصي وولد الزنا) قال الاتقاني رأيت في كتاب التفسير لأصحاب مالك قال ولا بأس بشهادة ولد الزنا إلا في الزنا وما أشبهه من الحدود وفاتها لا تجوز فيه هذا لفظ كتاب التفسير ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لأن كلامنا فيما إذا كان ولد الزنا عدلاً والعدل لا يرضى بذلك اه (قوله ولا مع النساء بل رجل معهن) وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء لأنه يحتمل أن يكون امرأة وفي شهادته شبهة البدلية والحدود تدرك بالشبهات انتهى اتقاني (قوله في المتن والعمال) ذكر الامام قاضيان أراد به عامل السلطان الذي يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعاً أما الذي يعينه على أخذ الحرام لا تقبل شهادته انتهى وكتب ما نصه وذكر في الواقعات في باب الشهادات بعلامة السنين العمال للسلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم إذا كانوا أمناً لأنهم إنما جئوا على ذلك لأمانتهم

بأدناه كي لا يؤدي إلى تضييع الحقوق وأدناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة أو أصغر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهماً بالكذب اظهر رجحان جهة الهوى على العقل وأحسن ما قيل فيه ما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أن العدل في الشهادة أن يكون محتجباً عن الكبار ولا يكون مصرعاً على الصغار ويكون صلاحه أكثر من فسادِه وصوابه أكثر من خطئه لأن الصغيرة تكون كبيرة بالأصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثرت منه الخطأ والنساق فلم يوجد ما يدل على الاجتناب عن الكذب والامتناع من غير اصرار لا يقدح في العدالة إذا لم يوجد من البشر من هو معصوم سوى الأنبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدي اشتراط العصمة إلى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطاً لتكونوا شهداء على الناس أي عدولاً وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف قال رحمه الله (والاقلف) لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولأنه لا يخل بالعدالة هذا إذا تركه لعذريته من كبر أو خوف هلاك وإن تركه من غير عذر استخفافاً بالدين لا تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلاً مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما إذا تركه استخفافاً بالسنة ولم يقدر أبو حنيفة للختان وقتاً معلوماً لأنه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم يقل فيه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأي فيه مدخل وقدره المتأخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين إلى عشرين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبي محتملاً ولا يهلك لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختناً في اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عند نادون النساء وقال بعض العلماء أنه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكروه قال الخلواني رحمه الله كان النساء يختتن في زمن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وإنما كان ذلك مكروماً لأنها تكون الذلة عند الواقعة قال رحمه الله (والخصي وولد الزنا والختن) لتحقيق العدالة منهم لأن قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لا يوجب قذفاً في العدالة وقبل عر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والختن أما رجل أو امرأة فشهادة الختني مقبولة ثم هو أن لم يكن مشكلاً فلا إشكال فيه وإن كان مشكلاً فيجعل امرأة في حق الشهادة احتياطاً حتى لا يجوز أن يشهد مع رجل ما لم يضم إليه امرأة ولا مع النساء بل رجل معهن قال رحمه الله (والعمال) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الأمراء وقيل الذين يعملون بأيديهم ويؤجرون أنفسهم وأياماً كانوا تقبل شهادتهم لأن نفس العمل ليس بفسق وبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبارهم كانوا عمالاً لأن العمل عبادة وله الأجر على ذلك إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم وقيل إذا كان العامل وجعاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في الناسق لأنه لم يأت به لا يتجاسر أحد على استجاره على الشهادة الكاذبة ولو جأهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة وروى أن فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة فقال الخليفة أيها القاضي إن وزيراً يرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته فقال لا في سمعته يوماً قال الخليفة أنا عبدك فإن كان صادراً فلا شهادة للعبد وإن كان كاذباً فكن ذلك أيضاً لأنه إذا كان لا يبالى بالكذب في مجلسك فلا يبالى بالكذب في مجلسي أيضاً فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لأن الغالب عليهم الإصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال أغلبية ظلمهم وذكر في النهاية معزيا إلى الجامع الصغير للزبدوي أن من قام بتوزيع هذه التوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان ماجوراً وإن كان أصله من جهة باطلة

فالتظاهر أنهم يحترزون من الكذب اه اتقاني (قوله ولو جأهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة) فاما إذا كان ساقط المتركة عند الناس أو يجازفاني كلامه لا تقبل شهادته اه كافي ثم

(قوله فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا) الى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت ملحقا وهو في كلامه من العمل لا تقبل شهادته هذا الملقى من كلام صاحب النهاية ولا يصح الكلام الابه (قوله وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته) قال الوالو الجى رحمه الله في أثناء الفصل الثالث من أدب القاضى قالوا شهادة بائع الاكفان لا تجوز (٣٢٧) قال الشيخ الامام شمس الأئمة الحلوانى

انما لا تجوز اذا ترصد ذلك العمل لانه حينئذ يتنى الموت والطاعون أما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويشتري منه الكفن تجوز شهادته اه (قوله في المتن ولو شهدا أن أباهما) قال الكمال صورتها رجل ادعى انه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان كذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو وليت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع الشاهد أما الوارثان لقصد هما نصب من يتصرف لهما ويرى محهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرأ بال دفع اليه والوصيان من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعها لا تقبل (قوله وكذا اذا شهد الموصى اليهما) يقال أوصى اليه أى جعله وصيا وأوصى له بكذا أى جعله موصى له اه اتقانى

ثم قال فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمل أهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يخل بالواجبات كلز كاه ونفقة الزوجات والآقارب قال رحمه الله (والمعتق للمعتق) أى تقبل شهادة المعتق الذى اعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبرا والحسن شهدا على عند شرح يقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق على رضى الله تعالى عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولو شهدا أن أباهما أوصى اليه والوصى يدعى جازوا أن أنكر لا كمالا لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) يعنى اذا مات رجل وترك ابنين فادعى أن أباهما أوصى الى رجل والرجل يدعى الوصية جازت شهادتهما وان أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر والقياس أن لا تجوز الوصية أيضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى اليهما أو لهما أو الغريمان لهما عليه دين أو عليهما دين أنه أوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها تجز منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله أو من يستوفى منه أو من تبرا ذمته بالتسليم اليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التى تجز منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى اذا كان الوصى طالبا وكان الموت معروفا فيكتفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه بشهادتهما ما دلولا لشهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظر الميت وان لم يوص لانه نصب ناظر فلم تثبت بهذه الشهادة شئ لم يكن له فعله وتطيرها القرعة فانها ليست بوجبة شيئا لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطيبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضى ولا يقال اذا كان الميت وصيان لا يحتاج القاضى الى وصى ثالث فكيف يصح ما قلتم لاننا نقول اذا أقر الوصيان أن معهما ثالثا كان له أن يضم اليهما ثالثا المعجزهما عن القيام بأمر الميت باقرارهما أن معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا لان القاضى لا يملك اجبار أحد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضى نصب الوصى الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضى فتبطل بمعنى التهمة وهو جرح المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهى ما اذا أقام شخصان البينة أن أباهما الغائب وكل فلا بقبض حقوقه حيث لا تقبل وان أقر الوكيل بذلك لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت ثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهم باقرارهم على أنفسهم ما بثبوت ولاية القبض للشهود فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما فى حقهما وقيل معنى القبول أن يأمرهما القاضى بإدعاء عليهما اليه لأن يبرأ عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فى حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل فى حقهما قال رحمه الله (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح) أى على جرح مجرد من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد عما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب فى مجلسه أو قبله فلا يتحقق الإلزام ولان فيه هتك السترواشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهى حرام والضرورة جازة على ما بين

(قوله تجوز هذه الشهادة استحسانا) وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل شهادة هؤلاء الا الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا اه اتقانى (قوله فكيف يصح ما قلتم) قلت انه ما شهدا أن الميت أوصى الى هذا الرجل الثالث فقد أقر أن لا حق لهما فى التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو ردت شهادتهما لاحتاج الى نصب وصى آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لهما الشهادة فائدة اه غايه (قوله جازة على ما بين) قاله يا فاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزير عن نفسه لا تسبح بيقته

ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك
الظالم أو المظالم لا تقول لا ضرورة إلى هذه الشهادة لتمكنه من الانخبار للقاضي سراح حتى يرد شهادتهما
فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك أما إذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما
زفوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو كان فيه اثبات حق العبد كقولهما أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا
فتقبل شهادتهما ضرورة أحياء الحقوق وإن كان فيه هتك لأن مقصودهما إيجاب حق الله تعالى وهو الحد
أو إيجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا إذا قال صالحت الشهود
بكذامن المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد
المال تقبل بينته وكذا إذا قال أعطاهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب
استرداده تقبل لأن دعواه صحيحة لما فيه من إيجاب رد المال على الشهود وهو عما يدخل تحت الحكم حتى
لو قال صالحتهم بكذامن المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع اليهم المال أو قال استأجرهم المدعي بكذامن
المال على أن يشهدوا له لا تقبل لأن الدعوى غير صحيحة إذا المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن
القضاة ودعوى الاستجار وإن كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا
مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدعي أن الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بأنه لا حق له في المعنى وكذا إذا
أقام البينة على اقراره أنه استأجر الشهود أو على اقرار الشهود أنهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق
وكذا إذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لأن في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي
غيره ليس فيه إشاعة الفاحشة من عندهم وإنما حكوا باطهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي أنه لو أقام
البينة على اقرار الشهود أنهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم أنهم أجروا في أداء هذه الشهادة أو على اقرارهم
أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على اقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدعي عليه في هذه الحادثة لم تقبل
الشهادة وفيه أنه إذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شربة خمر لا تقبل ولو أقام البينة أنهم زفوا وصفوا الزنا
أو شربوا الخمر أو سرقوا متى كذا ولم يتقدم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقدم لانه لو كان متقدما
لا تقبل لعدم اثبات الحق به لأن الشهادة بمحمد متقدم مردودة وما ذكره الخلفاء من قوله أن الشهادة على
الجرح المجرد مقبولة تأويله إذا أقامها على اقرار المدعي بذلك أو على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي
وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وإن شهدوا أنهم زفوا أو شربوا الخمر أو
سرقوا تقبل بحمل الأول على أنه إذا كان متقدما والا فلا فرق بين قولهم زناة أو زفوا الخ قال رحمه الله
(ومن شهد ولم يبرح حتى قال أو همت بعض شهادتي تقبل لو عدل) قوله أو همت أي أخطأت بذكر زيادة
كانت باطلة أو فسيان بعض ما كان يجب على ذكره لأن الشاهد قد يتنلى بالغلط لهاية مجلس القاضي
فوضح العذر فتقبل شهادته إذا تداركه في أو أنه هو عدل فإن قال ذلك بعد ما قام عن المجلس لا تقبل
شهادته لجواز أنه غرما أحدا الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال
غلطت في خمسة يقضى بالالف لأن الشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا
يطلب رجوعه وقيل يقضى بما بقي لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كخوضه عند الشهادة واليه مال
شمس الأئمة السر خشي رحمه الله هذا إذا كان موضع شبهة كما ينأ ما إذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس بإعادة
الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعي أو المدعي عليه أو يترك الإشارة إلى أحد الخصمين وما
يجري مجراهما وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا مأمونا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن
قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية أن الشاهد إذا قال أو همت في الزيادة
أو في النقصان يقبل قوله إذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبي
حنيفة وبشر عن أبي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر
بعد ذلك تقبل لانه قد يتنلى به في مجلس القضاء فذكر ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الأمور

لأن الشهادة على مجرد
الجرح والفسق لا تقبل
بخلاف ما إذا قال له يا زاني
ثم أثبت زنا بينه تقبل لانه
متعلق الحد اه قنية في
الحدود (قوله في المتن حتى
قال أو همت) قال في المغرب
ووهم في الحساب غلط من
باب لبس وأوهم فيه مثله
ومنه قوله فإن قال أو همت
أو أخطأت أو نسيت وفي
حديث على رضي الله عنه
قال الشاهدان أو همتا ناعما
السارق هذا يروى ووهما
وأوهم في الحساب مائة أي
أسقط وأوهم من صلاته
ركعة وفي الحديث أنه صلى
الله عليه وسلم صلى وأوهم
في صلاته فقبل له كأنك
أو همت في صلاتك اه

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما تفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لأنها تفرع إما عن رؤية كافي الغصب والقتل أو سماع باقرار وغيره والشاهدان متساويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤتيان فلذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف اهـ كمال رحمه الله (قوله في المتن الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت) بان كانت في ألف قرص وشهدا بألف قرص اهـ ع (قوله والا) أي وان لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف قرص وشهدا بألف غن متاع اهـ ع (قوله لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة) أي لانها لا يثبت حقها فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما وافقها أي توافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لم توافقها صارت الدعوى لشيء آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنهم امنكوه حتى بل لا زيادة تقبل ويقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت (٢٢٩) هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا

مطلنا أو بالنساج فشهدوا

في الاول بالملك بسبب وفي

الثاني بالملك المطلق قبلتا

لان الملك بسبب أقل من

المطلق لانه يفيد الاولية

على الاحتمال والنساج على

اليقين وفي قلبه وهو دعوى

المطلق فشهدوا بالنساج

لا تقبل ومن الاكثر مالو

ادعى الملك بسبب فشهدوا

بالمطلق لا تقبل الا اذا كان

السبب الارث لان دعوى

الارث كدعوى المطلق

هذا هو المشهور وقيل

في الاقضية بما اذا نسبته

الى معروف سماه ونسبه

أما الوجهه فقال اشترته

أو قال من رجل أو زيد

وهو غير معروف فشهدوا

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله (الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا) لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يقتصر الى سبق أحد الشديين بعد الدعوى اما الشهادة أو اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفها فلم يمكن الفصل القضاة بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفها فقد كذبها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما في اثباته فصار كأن الدعوى موجودة ولانه تعالى لما أمر باقامتها كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله (ادعى دارا رثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت) أي لا تقبل بينته لانهم شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى لانه ادعى ملكا حاد ما وهو ما شهدا بملك قديم وهو ما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعى بزوائده ولا كذلك في الملك الحاد وتزجج الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق ممة ذكر لان الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادنا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله (وبعكسه لا) أي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بجملة وهي شهادة المثني فام يتفق فيما شهدا به لا تثبت الجملة مطلقا والموافق المطلق باللفظ والمعنى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا الاتفاق في المعنى هو المعبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعاد المعنى بطريق الوضع

بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر اختلاف في القبول وشهدا بالدين وهذا اختاروا فيما اذا حمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحمل له قلت وكيف وفيه أيضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب اهـ كمال (قوله فاذا خالفها فقد كذبها) أي كذبت الشهادة الدعوى اهـ وكسب ما نصه قسب الكذب الى الدعوى لا الى الشهادة لان الأصل في الشهود العدالة دون المدعى اذ هي شرط فيهم دون اهـ من خط الشارح رحمه الله (قوله بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط) قال الكمال وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله تعالى فان دعوى يتبع خاص غير الشاهد ليس شرط لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهد من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر اهـ (قوله في المتن ادعى دارا رثا أو شراء فشهدا بملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب اهـ ع (قوله والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى) أي سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادفه حتى لو شهدا أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اهـ كمال وقوله اعادة هو بالعين في خط الشارح وكذا هو في الدراية وفي الكافي افادة بالقاء اهـ

(قوله لا يطريق التضمن) فلو شهد أحدهما بالالف والآخر بالالفين لم تقبل فلم يقض بشئ عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما اذا كان يدعي الف لا يقضى بشئ اتفاقا انه كذب شاهدا الا ان كان وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضاني ألفا وأبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك يقضى له بالالف اه كمال (قوله وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث) لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل قال الكمال رحمه الله وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألف درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره المجازي وبقولهما قال الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالخلف عليه اه (قوله فصار كما اذا شهد أحدهما بالالف والآخر بالالف وخمسائة والمدعي يدعي الالف والخمسمائة) أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بتطابقة ونصف اه اتفاقا (قوله بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شئ) أي اتفاقا اه كمال (قوله ألا ترى أنه لو شهد أحدهما) هذا الفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الطلاق في فصل المشيئة وذكر الحكم فيه كما هنا فاعلم ذلك وراجع اه وكتب أيضا مانصه قال الكمال فان قيل يشكل على قوله ما لو ادعى الفين فشهد بالالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال له أنت خلية والآخر أنت برة لا يقضى بينونة أصلا مع أقادتهما معا بالبينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضار كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على (٣٣٠) وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا على

اقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحيث قد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فإنه لما كان يدعي الفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فيقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هي ألفان ولم تثبت الالفان وأما عن

لا يطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بمائة درهم وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى بأربعة وكذا ان شهد أحدهما بالالف والآخر بالالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث لهما أنهما اتفقا على الاقل وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجودا لجهة دون ما تفرّد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف ألا ترى أن المدعي لو ادعى الاكثر وشهد بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول أن يوافق البينة الدعوى وصار كما اذا شهد أحدهما بالالف والآخر بالالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف والخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شئ لان المدعي كذب عن يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولا يبي حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يربا أحدهما الآخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه

الثاني فمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برة لغة والواقع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكميات قال عوامل بحقائقهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينة قد تشتركت في لازم واحد فاختلافهما بآب في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلاف تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها بيرية والاول تقع البينونة اه ما قاله الكمال رحمه الله تعالى وكتب أيضا مانصه قال الكمال واعلم ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاص ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فإنه ذكر فيما اذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن يزيد ثلث غلتها وشهد الآخر أن يزيد نصفه قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذي أجمع عليه والباقي للساكنين وكذا اذا سمى أحدهما ما لا يزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتماعا اه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أن نفقته وعياله في العام فان كانت أكثر من ألف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقي للساكنين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجرت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما قال المعنى فيه انه انما أراد الوقف أن يزيد بعض هذه الغلة فأجل له الاقل اه فايراد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار الى انه اتفاقية فان اراده ليس الا باعتبار قول أبي حنيفة قوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اه وحاصله أناعلمنا استحقاقه وتردنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اه

(قوله قال لا امرأته أنت خلية الخ) قال قاضي خان في فتاواه ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برة لا تقبل عند الكل لانهم ما اختلفوا في لفظة الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا اه قال الوالوي في كتاب الدعوى ولو شهد أحدهما أنه قال لا امرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا تقبل شهادتهما وان اتفقا على اثبات الحرمة لانهم ما اختلفوا في اللفظ والمعنى من معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلو الفراغ المطلق فاذا اختلفا لفظا ومعنى لا يثبت المشروعية فلا يثبت حكمه وهو الحرمة اه قوله لا يقع شيء أي على قول الكل (قوله وان اتفقا اللفظان في المعنى) أي وهو اثبات الحرمة اه (قوله بخلاف الدعوى والبيئة حتى لا يشترط الخ) قال الاتقاني ثم المعبر في الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق (٢٣٩) في المعنى لا من حيث اللفظ ألا ترى

أن المذعي يقول أدعي كذا والشاهد يقول أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فاعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى والشهادة بناء على وإذا لم يمكن بمثل قال في الفصل الخامس في لشهادة وذكر في باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لأن شهادتي الشاهدين ينبغي أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى في اللفظ (١) والايوجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغي أن تكون في المعنى خاصة ولا عبرة اللفظ اه (قوله إلا أن يوفق) أي ومالم يوفق صريح بالإيقاض بشيء ولا يكتفي احتمال التوفيق في الأصح بخلاف

قال لا امرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برة لا يقع شيء وان اتفقا اللفظان في المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فاعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبيئة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ ألا ترى أن المذعي لو ادعى الغصب أو القتل فشهد باقرار المذعي عليه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف والخمسة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفردا أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولم يدع المذعي الاكثر شهادة من شهد بالاكتر باطلا لانه كذب المذعي بالزيادة الا أن يوفق فيقول أصل حتى كان كما قال الا أني استوفيت الزائد أو أراه عنه فيثبت تقبل في الأقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تنصرا لمخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحكم فيه خلافا وكذا اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحكم فيه خلافا قال رحمه الله (فان شهد أحدهما بالالف والآخر بالفين لم تقبل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على أن الاعتبار بالاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطبيقه وشهد آخران بثلاث تطبيقات وفترت القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صادقة في بعضها فلا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفاح حيث تقع الثلاث لانه يتصرف عن ملكه فله أن يوقع أي عدد شاء الا أنه لا يتعدى الا بقدر الحمل قال رحمه الله (وان شهد الآخر بالف وخمسة والمذعي يدعي ذلك قبلت على الالف) يعني فيما اذا شهد أحدهما بالف وشهد الآخر بالف وخمسة تقبل شهادتهما بالف اذا كان المذعي يدعي الالف وخمسة لاتفاقهما بالالف وتفردا أحدهما بخمسة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المذعي كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى ديناً وأما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجبي من بعد قال رحمه الله (ولو شهد بالف وقال أحدهما

ما اذا قال ما كان الا الالف لانه كذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضى بشيء اه كمال رحمه الله (قوله وعندهما تقبل) على الالف اذا كان المذعي يدعي الالفين اه (قوله والذي يبطل مذهبهما الخ) قال الكمال وفي المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما وذكره الشارح وجههما الله (قوله لو شهدا بتطبيقه) يعني قبل الدخول اه كمال (قوله حيث تقع واحدة) لان التفويض تعليق فقدم ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من ملكه ما شاء اه فتح (قوله في المتن وان شهد الآخر بالف وخمسة والمذعي يدعي ذات قبلت على الالف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما شهدا على الالف استظاومعنى وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى صرح على خصوص كبتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بالف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اه كمال رحمه الله (قوله لا تقبل الشهادة على ما يجبي من بعد) في قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا فلان الخ اه

(١) قوله والايوجب الخ هكذا في الاصل وحرر اه معجمه

(قوله وعن أبي يوسف الخ) أي في غير المشهور عنه اه كمال (قوله وهو المعتبر عنده على ما مر) وجوابه ما قلنا يعني قوله لا تنافهما عليه يعني فيعد ثبوت الألف باتفاقهما شاهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهد بألف فقال أحدهما إنه قضاء أياها بعد قرضه فاذ يقضى بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لا قبل شهادة شاهد القضاء وذكرنا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لأنه كذاب مرد المذموم فهو كالأفسق وجه الظاهر ما قدمنا من أنهم ما اتفقا وتفردا أحدهما الخ ولا يلزم من الكذاب التفسير بل هو كونه تغليطاً له اه كمال رحمه الله (قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض لأنه إذا علم أن المستقرض قد قضاه فقد علم أن المذموم ادعى بغير حق فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه

وهو يعلم أنه ادعى بغير حق لأن فيه عاقبة على الأثم والعدوان اه اتفاني (قوله في المتن وينبغي أن لا يشهد الخ) قال الكمال قال القدوري وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المذموم بقضائها لأنه لو شهد فاما بالألف ثم يقول قضاء منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بالألف فيضيع حق المذموم عليه وأما بخمسمائة فيثبت اختلافهما أن شهد أحدهما بالألف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلاً على قول أبي حنيفة فيضيع حق المذموم فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المذموم بالقدر الذي سقط عن المذموم عليه والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحمل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاء كله الشهود بالخيار إن شاؤا امتنعوا من الشهادة وإن شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فإن كان المخبرون عدولاً لا يقضي القاضي بالمال اه هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا إذا حضروا ببيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج لا ما أو قال عينا امرأة أرضهم ما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا الورأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن المالك الثاني لا يجوز أن يشهد بالملك الأول ولو أخبره أنه باعه من ذي اليد أنه أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما اه

قضاء منها خمسمائة تقبل بالألف ولم يسمع أنه قضاء إلا أن يشهد معه آخر) لانهما اتفقا على وجوب الألف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاء خمسمائة مناقضاً لشهادته بالألف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه أن الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كذباً ولا يقال إن المذموم كذب شاهده بالقضاء فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بالألف وخمسمائة والمذموم يدعي ألفاً لا نقول لم يكن فيه فيما شهدناه وإنما كذب فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لأنسان آخر فإن شهادتهما لا تبطل وإن كذب ما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد به فيكون قادحاً وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء أن لا دين إلا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي أن يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كذهب أبي يوسف لكنه خالفه لأنه لم يشهد به بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الألف عليه للمذموم ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع قال رحمه الله (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المذموم بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بألف كلها إذا علم أنه قضاء منها خمسمائة حتى يقر المذموم أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاء جازت الشهادة على القرض) لتمام الجهة في القرض وعدمها في القضاء وذكرنا الطحاوي عن بعض أصحابنا أنه لا يقضى بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم أحد الشاهدين أنه لا شيء له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المذموم كذب شاهداً للقضاء والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذ لا فرق بين المستأين الامن حيث أن أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى وإذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحالة والقذف تقبل وإذا اختلفا في الجنابة والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وإن كان المشهود به فعلاً كالغصب أو قولاً لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلاف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله إذا اختلف شاهد القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل وإن كان قولاً لان كل واحد منهما إن كان انشأهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وإن كان أحدهما انشأه والآخر أخبرا فافهما لا يتفقان

مدة جارية جلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاء كله الشهود بالخيار إن شاؤا امتنعوا من الشهادة وإن شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فإن كان المخبرون عدولاً لا يقضى القاضي بالمال اه هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا إذا حضروا ببيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج لا ما أو قال عينا امرأة أرضهم ما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحداً شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا الورأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن المالك الثاني لا يجوز أن يشهد بالملك الأول ولو أخبره أنه باعه من ذي اليد أنه أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما اه

(قوله في المتن ولو شهد أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر بمصر) لفظة يوم النحر ليست في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله ترد الطائفتان) فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اه (قوله ثم شهدت الأخرى لا تقبل) وحينئذ في قتل المشهود عليه اه (قوله لان الأولى ترجحت باتصال القضاء بها) فانه حين قضي بالأولى ولا معارض لها الا اذا كان ينشأ عن غير ما لا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بمحدث معارض اه كمال (قوله ثم وقع تحريره على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه) ولا تبطل صلاته في الاول لانه ثبت تحريره الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه اه فتح (قوله في المتن ولو شهد بسرقة بقرة الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في (٣٣٣) شاهدان شهدا جميعا على أنه سرق بقرة

وانختلفا في لونها قال أجز الشهادة وأقطع وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز الشهادة ولا تقطعه ولو شهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله اه اتقاني (قوله في المتن واختلفا في لونها قطع) قال الكمال صورتهما ادعى على رجل أنه سرقه بقرة ولم يذ كر لهما لونا وأقام بينة فشهد واحد بسرقة جراء والاخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل ويقطع وقالاهما والأئمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا (١) فقال أحدهما سوداء لا يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروي والاخر مروى ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا في الفرق بين السرقة

لان الانشاء أن يقول زيت أو أنت زان والاخبار أن يقول قد قتلك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سمع الانشاء والاخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قد فقه ما شاهدان به قال رحمه الله (ولو شهد أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخر أن أنه قتل يوم النحر بمصر ردنا) يعني طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتماعا عند الحاكم وشهدا على محوما ذكره رد الطائفتان لان احدهما كاذبة يبين وليست احدهما بأولى بالقبول من الأخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يشكر لان الاول حركت انقراض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثاني حركت آخر غير الاول بحديثه الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرار الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكي بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان أو الآلة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله (فان قضي باحدهما أو لا بطلت الأخرى) يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الأخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء به فلا ينتقض بالثانية وهذا لان الحكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل في غيرها ذقتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى في أحدهما ثم وقع تحريره على طهارة الاخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحري في الآخر قال رحمه الله (ولو شهد بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقرة بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما وقطع يده بخلاف ما اذا قال أحدهما سرق ذكرا والاخر قال أنثى أو اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالاهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة أيضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والأنوثة وكاختلافهما في اللون في الغصب بل أولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة - يقطع بهما فصار نظير اختلافهما في قيمتهما وله أنهما اختلفا فيما لم يكفاهما لانه لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق ألا ترى انهما لو سكا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الياي غالباً ويكون العمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان في بقرة واحدة بأن كان أحدهما أبيض والآخر أبيض أو سودا فشهد كل بما رأى أو بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة

(٣٠ - زيلعي رابع) والغصب بقليل تأمل اه (قوله وكاختلفا في اللون في الغصب) فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلا تن لا يقبل فيما يوجب حداً أولى لان الحد أعسر اثباتاً فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنا اه فتح (قوله بخلاف وصف الذكورة الخ) قال الاتقاني وبخلاف اختلافهما في الذكورة والأنوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما أو تشابههما لا يكون في حيوان واحد عادة ولان الشاهد يبين كافاً بيان الذكورة والأنوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما

(١) قوله عين لونا بيض بعده في الاصل كما ترى فارجع الى النسخ الصحيحة كتبه مصححه

في نفس الشهادة اه (قوله ذكره في المبسوط) أي فاضحان في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله في المتن ومن شهد رجل الخ) قال الاتقاني وهذه ثمانية مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منهما على وجهين إما أن يدعى هذا ويشكره الآخر أو يدعى الآخر ويشكره هذا اه وقد ذكرها صاحب الهداية وذكر في الكثر منها أربعة البيع والكتابة والخلع والنكاح وذكر الشارح رحمه الله الأربعة الباقية اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وكان الانسب للوضع أن يذكر هذه المسئلة بعد قوله وان شهدا أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الألف لأن تلك المسئلة في دعوى المال وهذه في دعوى العقد اه وكتب أيضا ما نصه (٢٣٤) قوله ومن شهد رجل الخ قال الكمال صورتهما على ما في الجامع في الرجل يدعى على

رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسمائة قال يعني أبلغ حقيقة هذا باطل إلى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قضى بالألف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شيء ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة بيانه هو أن ذلك فيما إذا ادعى ديناً فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى إلى قوله في الجامع فينكر البائع البيع ولأنه لو كان المقصود الدين لم يحتج إلى ذكر السبب وإن كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب الذي بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله عقداً أكثر منه ولم يتم على أحدهما

والاثوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما ما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لأن التوصل فيه بالنهار لأن الغصب يقع بالنهار وهو يقرب بمنه غالباً فلا يشبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل تمكن من ذلك فلا يشبه عليه فإن قيل في التوفيق احتيال لا يجاب الحد وهو محتمل لدرته لا لا يجابه قلنا القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف لأنهما لم يكفيا تنقل على ما بينا وما يوجب الضرر يكون في نفس الموجب لا في غيره فإن قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلفاء والمشهد بسرقة إما بيضاء أو سوداء ولم يقبل واحد منهما ما بينهما بلفاء فتكون غير هاضرة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما فهي عنده على ذلك اللون فسميها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما إذا كان المدعى يدعى بقرة مطلقاً من غير تقييد بوصف وأما إذا ادعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالإجماع لأن المدعى كذب أحدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والجرم أو ما في لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح أن الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما إذا اختلفا في قوب بأن قال أحدهما هروى وقال الآخر مروى وإن اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد رجل أنه اشترى عبداً فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولأن المدعى يكذب أحدهما به وكذا إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود إثبات السبب على معنى أنه الأصل والحكم ثبتت تبعاً لثبوته وإن كان الحكم هو المقصود حقيقة في حق الاتقاع والسبب وسيلة إليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل إلا به فكان في إثباته إثبات الحكم إذا لا يمكن إثبات الحكم إلا بسبب معين وذكره علاء الدين السمرقندي رحمه الله أن الشهادة تقبل لأن التوفيق ممكن لأن الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتره بألف ثم يزيد عليه خمسمائة فقدا اتفاقاً على شراء واحد ولو اختلفا في الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر أنه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم إمكان التوفيق لأن الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة والخلع) أي إذا اختلفا في مقدار البذل فيهما لا تقبل شهادتهما إلا ذكرنا أن المقصود إثبات السبب وهذا إذا كان المدعى هو العبد فظاهر لأنه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالأداء فصارت نظير الشراء وإن كان المدعى هو المولى فكذلك لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان

نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلاً اه فتح (قوله وكذا إذا كان المدعى هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسمائة فأنكر المقصود المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك اه فتح (قوله ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشتري اه قارئ الهداية (قوله لما بينا) أي من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعى اه فتح (قوله وذكر علاء الدين السمرقندي أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفي الفوائد الطهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل الخ اه (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل اه (قوله وإن كان المدعى هو المولى فكذلك) لأن دعوى السيد لمال على عبده لا يصح إذا لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد إليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به

والشهادة ليست الا لاثباتها اه كمال (قوله وكذا الصلح عن دم العمد والعقود الخ) قال الكمال بعد ذكره من المسائل الثمانية مسألة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعقود على مال والصلح عن دم العمدان كان المدعى هو المرأة في الخلع والعقود والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهما الخلاص وهو مقصودهم وان كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولى القليل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو انه اذا ادعى أكثر المالكين فشهادته شاهد ولا آخر بالاقول ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقول اتفاقا وان كان بدونه كالألف والالفين فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء وهذا لانه ثبت العفو والعقود والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى الا في الدين اه وكتب أيضا قال الاتقاني فأما اذا وقعت الدعوى في الطلاق أو في الخلع على مال أو الصلح عن دم العمد على مال فإن كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعى هي المرأة أو القاتل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع اه (قوله وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن الخ) فان قبل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي (٢٣٥) أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر

المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له أن يرد متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار دعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بيته في ثبوت الدين فيثبت الرهن بالف ضمنا وتبعالدين ولا شك أن دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطلبه بالف وخمسمائة على عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكروا زيادة اذ لا يتوقف بتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن في البيع وان كان هكذا اطلبه بأعاده رهن كذا وكذا كان رهنه

المقصود اثبات السبب وهذا لان البديل في ابداء العقد مقابل بئسك الخجر ثم تنقل عند اداء المال فيصير مقابلا بالعقود فقبيل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصود اثبات العقد وقبيل ان كان المدعى هو المولى لا تفيد بيته لان العقد غير لازم في حق العبد لمكانه من الفسخ بالتخيير والمراد بالخلع اذا كانت المرأة هو المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصارت تطير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قد رما اتفاقا عليه دون ما تقر به أحدهما وان كان المدعى هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعقود على مال فان كان المدعى هو العبد أو القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعى هو المولى أو ولى يثبت العفو والعقود باقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم في حق المرتهن وله أن يفسخه أي وقت شاء فلا فائدة في إقامة البينة ولا حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حقه وصورة دعوى الرهن أن يدعى انه رهنه ألف وخمسمائة وادعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهدا أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة يثبت أقلهما وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي تطير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذب المدعى وكذا في جميع هذه الصور لما بينا في الدين قال رحمه الله (فأما النكاح فيصح بالف) يعني بأقل المالكين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى الاقل أو الأكثر وقال أبو يوسف

عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بالف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لان عقد الرهن يختلف به اه كمال (قوله وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة) أي بشيء أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لانه أي الراهن لا حظ له في الرهن أي لا يقدر على استرداده مادام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اه فتح (قوله وفي الاجارة ان كان الخ) قال الكمال رحمه الله والسابعة الاجارة ان كان في أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الأجر أنه آجره هذه الدار ستة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بالف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البديل فلا تثبت الاجارة فان كان بعد مضيها استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهي دعوى المال فان شهدا أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو يدعي الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهدا الآخر بالدين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشيء عند وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعبء براتفاق الشاهدين أو اختلافا فيهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اه

(قوله ولا يقضى بشئ) أي لا يقضى بالنكاح اه قارئ الهداية (قوله ولأن المال في النكاح تابع) ألا ترى أنه ينقصد النكاح بلا تسمية المهر وملك النكاح من لا يملك التصرف في المال كالأخ والأخوات وقد اتفق الشاهدان على الأصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر إلى الاختلاف في النفع وهو المال اه اتفاني (٣٣٦) (قوله وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقول) لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح

ومحمد رحمه الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسائة فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي أو المرأة هي المدعية لاستناع ثبوت النكاح بأقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين إذا كان المدعي هو الزوج والمولى والولي لأنه بأقراره يسقط العصا ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولا يخيصة رحمه الله أن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهر أو سمى لها مهر أصححت التسمية وصحة التسمية لا يحتاج إلى إنشاء العقد وإنما يحتاج إلى قبالة وقيل ما تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لأن التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبيئة على التسمية في حال استحصال العقد لا تكون بيئة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية أن شهادتهما لم تقم إلا على المال حال بقاء النكاح فثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولأن المال في النكاح تابع والأصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبعية أن لا يغير الأصل ولهذا لا يبطل بغيره ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه ففي العقد سألما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقول منهما كما في الدين وقيل الخلف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية يجعل أبو خيفة مقصودها المال فيخرج به على ما بينا وما يجعلان مقصودها العقل ما بينهما وأما إذا كان المدعي هو الزوج فمقصودها العقد لا المال فلا تقبل بيته بالإجماع لأن العقد بألف غير العقد بألف وخمسائة على ما بينا والاول هو الأصح وقد بينا وجهه وهو استحسان ويستوى فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح لاتفاقهما والأصل وهو العقد والاختلاف في التبعية لا يوجب خلافا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الأقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الأقل تكذيبا للشاهد بخلاف أن الأقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة قال رحمه الله (وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جبر لأن يشهد بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعني إذا ثبت شيء أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عينا في يد إنسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لأبيه لا يقضى له حتى يجزأ الميراث فيقولامات وتر كهاميراثه أو يقولامات وتر كهاميراثه أو كانت لأبيه يوم موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والأصل فيه أن الجزأ شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتر كهاميراثه ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جزأ لأنه أثبت ملكه أو أن الانتقال إلى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون إثباتا للانتقال وكذا إذا أثبت يده عند الموت لأن يده أن كانت يده ملك فهو على ما بينا وإن كانت يده أمانة فكذلك الحكم لأن الأيدي في الأمانات عند الموت تنقلب يده ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا تركه الحفظ والمضمون بملكه الضامن على ما عرف فيكون إثبات اليد في ذلك الوقت إثباتا للملك وإثبات يده من يقوم مقامه كالمدع والمستعير والمستأجر والمترهن والغاصب وغيرهم إثبات يده فيغني إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجزأ فاكفي به عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله الجزأ ليس بشرط بل إذا ثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي لأن ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرتب العيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقول بلا تفصيل اه كمال (قوله كما في الدين) بخلاف البيع لأن البذل ثمة أصل كالبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اه اتفاني (قوله وأما إذا كان المدعي هو الزوج فمقصودها العقد) إذا الزوج لا يدعي عليها مالا اه فتح (قوله في المن وملك المورث الخ) ترجمه في الهداية بفصل الشهادة على الارث قال الاتفاني لما ذكر الشهادة التي تتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال المات لأن الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقب ذلك اه (قوله في المتن لم يقض لوارثه بلا جبر) أي من الشهود بأن يجزأ الميراث فيقولامات وتر كهاميراثه أو ميراثه اه ع (قوله في المتن الآن يشهد بملكه) من هنا إلى قوله في باب الوكالة فتعين البر لا دنا عند قوله وبشراء طعام مخروم من نسخة الشارح رحمه الله (قوله في المتن أو يده أو يد مستعيره) كذا هنا والذي شرح عليه العيني رحمه الله

الآن يشهد بملكه أو يده أو يد مدعاه أو يد مستعيره اه (قوله وكذا إذا أثبت يده عند الموت) لأن اليد وإن تنوعت عين إلى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يده ملكا عرف أن كلام الغاصب والمدع إذا مات مجهلا يصير المصوب والوديعة ملكا لصيرورة مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اه فتح (قوله وبصير مغرورا) أي فيما

كل المورث مغرور رافيه اه كافي (قوله او بالعكس) أي بان كانت موطوءة الميت أو موطوءة وارثه اه (قوله وذلك بما ذكرنا من الجرح) أي
الصوري أو المعنوي اه عيني (قوله لا الى الموت) أي ليس عضاف الى الموت اه (قوله في المتن ولو شهدا بيدي الخ) قيد بالحي لانهما اذا
شهدا الميت أنها كانت في يده وقت الموت تقبل انفاقا اه عيني وقد تقدمت وتقدم (٢٣٧) الفرق بينهما أنفا اه (قوله ردت) في

ظاهر الرواية خلافا لما روى
عن أبي يوسف اه غاية
(قوله لان اليد منقضية)
أي زائلة في الحال وليست
بقائمة حتى تحمل على الملك
باعتبار الظاهر اه قارى
الهداية (قوله فلا يمكن
القضاء بالمجهول) ولم يجب
الرد لانه لو وجب الرد من
وجهه لا يجب من وجهين
فلا يجب بالشك اه قارى
الهداية (قوله في المتن
ولو أقر المدعى عليه بذلك
أو شهد شاهدان أنه أقر أنه
كان في يد المدعى دفع الى
المدعى) قال الكمال يعني لو
قال المدعى عليه بالدار التي
في يده هذه الدار كانت في يد
المدعى دفعت للمدعى وان
كانت اليد مستوعبة لان
حاصل ذلك جهالة في المقربة
وهي لا تنع صحة الاقرار بل
يصح ويلزمه البيان فانه لو
قال لفلان على شيء صح
ويجبر على البيان وكذلك
شهد شاهدان أن المدعى
عليه أقر بأنها كانت في يد
المدعى تقبل لان المشهود به
الاقرار وهو معلوم وانما
الجهالة في المقربة وهي لا تنع
صحة القضاء كما لو ادعى عشرة
دراهم فشهد على اقرار
المدعى عليه ان له عليه شيئا
جازت ويؤمر بالبيان اه

عني ملك المورث مستتر الى هذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما في الحي اذا أثبت أنها كانت له يحكم له بها
ولا يكلف إقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت وكذا ادعى عينا في يد انسان أنه اشتراها من فلان
غير ذي اليد أو أقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد أنها ملك البائع فأقام المشتري بينة أنها كانت له
بكتفي بذلك ويقضى له بها ولا يكلف إقامة البينة أنها كانت للبائع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق
الى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهم ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا
الآثرى انه ثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبرأ الجارية وحل وطئها لو كانت
حراما على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى كل صدقة ورثها من الفقير ولو لا تجديد الملك لما
حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجرح لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان
بقا ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لبقاء ما كان على ما كان لا لا باثبات ما يمكن وحاجتنا
اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال
الآثرى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهريه في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره به لما
ذكرنا بخلاف ما اذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها الا ما اعتبرنا فيه استحباب الحال لبقاء ما كان
على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف إقامة
البينة أنه كان مالكا لها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استحباب
الحال ببقاء ملك البائع لان الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا
بالشراء وأما في الموت فثبت للملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت
لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لإبطاله فكيف من موت ليس فيه استحباب الملك لاحد
الآثرى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال ان مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سبب الملك
لصح كما اذا قال لعبد الغيران اشتريتك فأنت حر قال رحمه الله (ولو شهدا بيدي من شهر ردت) أي اذا
شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد
وعن أبي يوسف أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل كما اذا شهد أنها كانت ملكه منذ
شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى أن يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما اذا شهدا بالانحمن المدعى
أو بالافرار منه باليد له ولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي مستوعبة الى ملك وأمانة
وضمنان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متشور وبخلاف الانحذ لانه معلوم
أيضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد
معلوم على ما يجي ولان يد صاحب اليد معين ويد المدعى مشهود به فلا يعارض التحقيق لان العيان
يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثر اثباتا قال رحمه الله (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد
شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعى دفع الى المدعى) أي لو أقر المدعى عليه باليد للمدعى أو شهد شاهدان
بأنه أقر باليد للمدعى منذ شهر دفع ذلك الى المدعى لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقربة
لا تنع صحة الاقرار الآثرى انه لو قال لفلان على شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم

باب الشهادة على الشهادة

قال رحمه الله (تقبل فيما لا يقطع بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي تجوز الشهادة على

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع اه فتح قوله شرع في بيان الخ اذا الاصل مقدم على الفرع اه
وكتب مانصه قال الفقيه أبو الليث في خزانة الفقه خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي الى القاضي وحدا الزنا

والسرقة والقصاص والغذف وحذ شرب الخمر وقال في أول كتاب الكفالة من الإجناس قال محمد بن الحسن في نوادر محمد بن رستم يجوز في التعزير والعفو والشهادة على الشهادة اه (قوله وجبت على شاهد الأصل) فلا يجوز أن يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبادات اه غايه (قوله ولان فيها زيادة احتمال) يعني تهمة الكذب في الأصول والفروع لعدم عصمتهم كما ذكرنا وفي الفروع تهمة زائدة وهي تهمة عدم (٢٣٨) السماع من الأصول اه قارئ الهداية (قوله وفيه شبهة من حيث البدلية) لانها فائقة

مقام شهادة الأصل اه (قوله وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص) وبقولنا هذا قال أحد والشافعي في قول وأصح قوايه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول نقلا وشهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كل ترجم وسيندفع اه فتح (قوله ويدخل تحته) أي يدخل تحت قول المصنف تقبل الخ جميع الحقوق اه (قوله وقال مالك الخ) في هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد اه اتقاني وكتب مانعه قال الاتقاني قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها وذلك أن يشهد شاهدان على شاهد شاهدين يشهدان جميعا على شهادة كل واحد من الشاهدين الاولين ولا يصح أن يشهد واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الاولين والشهادة على الشهادة في الزنا جائزة وذلك

الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحصان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل وليست بحق للشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجرى في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الأصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الأصول وجه الاستحصان أن الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى إلواء الحقوق ولهذا يجوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار كتاب القاضي الى القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانها يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كالأبثتان بشهادة النساء لقياس من شبهة البدلية بل أولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطق أنها لا تجوز في الوقت والصحيح أنها تجوز فيه احيائه وصونها عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادة رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة للقضاء بهما كالمراأتين لما قامتا مقام رجل لاتفى الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحدا لا يضمن ما كان شاهدا لا يجوز له أن يشهد صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته الى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الانبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول على رضي الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الشهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل أصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضا لان الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشرط العلة لم يثبت به شيء لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد أحد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الأصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا ولان معنى الاصلية يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيقتان فلا يجوز ولان الفرع يدل عن الأصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا في حالة واحدة ولان شاهد الأصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لانت ثلاثة أرباع الحق ولا تطير له في الشرع ولا يقال لو كان

أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة الى هنا لفظ كتاب التفریع لأصحاب مالك اه وقال الفرع الاتقاني عند قوله في الهداية ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن أبي ليلى وأجدوا لا وزاعي يجوز كذا في شرح الاقطع اه (قوله ولنا قول على رضي الله عنه لا يجوز الخ) قال الاتقاني وجه الاستدلال أن عليا رضي الله عنه جاز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غير على خلافه فحل الاجماع اه اتقاني

(قوله وقد ينه ويؤلف فيه) وهو أن عند مالك تقبل شهادة واحد على واحد اه (قوله في المتن والشهاد) أي اشهاد شاهد الأصل
 شاهد الفرع اه فتح (قوله لأنه كالتائب الخ) قال الاتقاني قوله لأن الفرع كالتائب عنه ولا شك أن الفرع قائم مقام الأصل ونائب عنه
 وكان ينبغي أن يقول نائب عنه فقبل في تأويل قوله كالتائب عنه لأن القاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد وفرع عن أصل آخر ولو كان
 الفرع نائباً بحقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الموضوع والتبعية اه (قوله ولا بد من أن يشهد) أي شاهد الأصل
 عند الفرع اه (قوله لينقله) أي لينقل الفرع شهادة الأصل اه (فرع) قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكر أسماء
 الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا القاضي نشهد أن رجلين نعرفهما شهدائنا على شهادتهما يشهدان بكذا أو قالوا القاضي
 لا نسبهما لك أو قالوا لا نعرف أسماءهما لم تقبل حتى يسميا لهما تحملاً مجازة (٣٣٩) لاعن معرفة اه اتقاني (قوله وله لفظ أطول
 منه وأقصر) قال في الهداية

الفرع بدلاً لما جاز أن يشهدا مع أحداً لأصلين إذ لا يجوز الجمع بين البديل والمبدل لا نأخذ بقول لم يجمع
 بينهما لأن الفرع عين ليسا بديل عن الذي شهد بهما بل عن الذي لم يحضر وقوله أن يشهد رجلان ونفع
 اتفاقاً لأنه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل واحد أو رجلان تمام النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود
 على شهادته رجلاً لأن المرأة أيضاً أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلاً وامرأتين ويشترط أن يشهد على
 شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما ينه قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة واحد) (١) أي لا تقبل شهادة
 واحد على شهادة واحد وقد ينه ويؤلف فيه قال رحمه الله (والاشهاد أن يقول أشهد على شهادتي
 أني أشهد أن فلاناً أقر عندى بكذا) وهذا صفة الاشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه لأنه كالتائب
 عنه فلا بد من التكميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس
 القضاء ويحصل ذلك بما ذكرهنا ويقول له عند التكميل أشهدني على نفسه أن شاء وليس يلزم لأن
 من عاين الحق حصل له أن يشهد وإن لم يشهد على نفسه ولو قال أشهد أني سمعت فلاناً يقول فلان بكذا
 فأشهد أنت على شهادتي بذلك أو قال أشهد أن فلاناً على فلان كذا فأشهد أنت على شهادتي بذلك
 جاز لحصول المقصود به ولا يقول أشهد على بذلك لأنه لفظ محتمل فانه محتمل أن يكون الاشهاد على نفس
 الحق المشهود به فيكون أمراً بالكذب وكذا لا يقول أشهد بشهادتي لأنه محتمل أن يكون أمراً بأن
 يشهد بمثل شهادته فيكون أمراً به بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب قال رحمه الله (وأداء الفرع
 أن يقول أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا أو قال لي أشهد على شهادتي بذلك)
 وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لأنه لا بد من شهادته وذکر شهادة الأصل وذکر التكميل والجملة تحصل
 بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كلاهما في الأمور ذميمة وأوسطها صميم فالأطول منه أن يقول
 أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أنه شهد أن فلاناً أقر عنده وأشهد على نفسه أن فلاناً
 ابن فلان عليه ألف درهم وقال لي أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلاناً بن فلان أقر عندي لفلان بكذا
 ففيه ثمان شينات أو يقول أشهد أن فلاناً شهد عندي بكذا وأشهدني على شهادته بذلك وأنا أشهد على
 شهادته بذلك فيذ كرفيه ست شينات وما ذكره في المتن فيه خمس شينات والاقصر منه أن يقول أمرني
 فلان أن أشهد على شهادته أن لفلاناً على فلان كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذ كرفيه أربع شينات
 أو يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيذ كرفيه شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقهاء

ولها قول أطول من هذا
 وأقصر منه وخير الأمور
 أوسطها قال الاتقاني أي
 لشهادة الفرع بدلاً
 لفظ أطول من الذي ذكره
 القدوري وهو
 قال الخصاف وانظر أقصر
 منه كما ذكر الشيخ أبو نصر
 اه (قوله (٢) في الشعر
 وأوسطها صميم) في نسخة
 صميم (قوله فالأطول منه أن
 يقول الخ) نسب الاتقاني
 هذا إلى الخصاف فقال
 وذکر الخصاف أنه يكرر لفظ
 الشهادة ثمان مرات وذکره
 اه (قوله فيذ كرفيه ست
 شينات) قال الاتقاني وذکر
 الجصاص أنه يكفي ثلاث
 شينات في الاشهاد وست في
 الاداء اه (قوله وما ذكره في
 المتن فيه خمس شينات) أي كما
 ذكر القدوري في مختصره
 (قوله أو يقول أشهد على

شهادة فلان الخ) قال الاتقاني قال الشيخ أبو نصر البغدادي ويمكن الاختصار من جميع ذلك على ثلاث لقطات وهو أن يقول أشهد أن فلاناً
 أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا وما ذكره صاحب الكتاب أولى وأحوط لأن قوله أشهد هو لفظ شهادة ثم يخبر بذلك بصفة
 ما يقع عليه شهادته وهو التكميل أما قوله وقال لي أشهد على شهادتي هو شرط عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إن لم يذکر ذلك جاز وجه
 قوله سيما أنه إذا لم يقل وقال لي أشهد على شهادتي محتمل أن يكون أمراً به أن يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمراً به على وجه
 التكميل فلا يجوز إثباته تحملاً بالشك ووجه قول أبي يوسف أن أمر الشاهد بمثل على الصحة ما أمكن وأنه لا يكذب وليس ذلك إلا أن يحتمل
 على أنه أراد التكميل فيصح كذا في شرح الاقطع اه قوله وما ذكره صاحب الكتاب وهو الهداية والذي فيها خمس شينات كما في الكتابة اه

(١) قوله في المتن ولا تقبل شهادة واحد كذا في نسخ الشرح التي بأيدينا والذي في نسخ المتن وعليها شرح العيني ولا تقبل شهادة واحد عن
 شاهد واحد بفرر اه صححه (٢) قول المحشي في الشعر هكذا في الأصل وليس في كلام السارح شعر بل هو يجمع اه صححه

(قوله وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية) قال الاتقاني قال الفقيه وبهذا القول تأخذ لانه يلحقه المشقة في الحضور فصالح حكمه حكم المريض والمسافر وأما اذا كان دون (٣٤٠) ذلك فتلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال غير الاسلام وقول أبي يوسف حسن

أبي الليث وأبي جعفر وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى أن أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له قال رحمه الله (ولا شهادة للفرع الا بعوت أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها للحاجة عند عجز الأصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان أداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا سقط جازله أن يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وأمر القاضي بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدي الى الحرج وربما لا يتفرغ للعود في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر ألا ترى انه تعلق به أحكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ان كان في مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يقدر أن يبيت في منزله جازا لاشهاد احياء لمحقوق الناس والاول أحسن لان العذر يتحقق بذلك كافي سائر الاحكام والثاني وهو ما روى عن أبي يوسف أرفق لان احياء لمحقوق واجب ما أمكن والشاهد أيضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيئونة في غير أهل حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه وحياء لمحقوق الناس وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروى عن محمد رحمه الله انها تجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد قبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الأئمة السرخسي والقاضي الامام علي السغدري في شرح أدب القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفروع على شهادة الأصول والأصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك اناة غيره مناب نفسه في الجواب لا يعذر فكذا لا يملك الأصل اناة غيره مناب نفسه في الشهادة لا يعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما للمالك المدعى عليه اناة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله (فان عدلهم الفروع صح) لان الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهودا للأصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق وكان بسبب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد بشهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر معه وان اتفق الرد فهي انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتممة والاول أصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله (والاعدوا) أي ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الأصول لان المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا عنده وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فخالصه أن القاضي ان كان يعرف الفروع والأصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الأصول الفروع أو بالعكس جاز وقال في النهاية في غير ظاهر الرواية عن محمد انه لا تثبت عدالة الأصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين أن يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم أو لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله (وتبطل شهادة الفرع بانكار الأصل الشهادة)

اه (قوله في المتن فان عدلهم الفروع صح) وروى عن محمد أن تعديلهما لا يكون صحيحا لان الفرع نائب عن الأصل فتعديله الأصل يكون بمنزلة تعديل الأصل نفسه وجه ظاهر الرواية أن الفرع نائب عن الأصل في نقل عبارته الى مجلس القاضي فاذا نقل عبارته الى مجلس القاضي فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الاجاب اه (قوله ولو اتهم بمثله لاتهم في شهادته على نفس الحق) بأنه انما يشهد ليصير قوله مقبولا عند الناس وان لم يكن له شهادة اه (قوله لان المأخوذ) أي الواجب على الفروع اه فتح (قوله في المتن وتبطل شهادة الفرع بانكار الأصل) قال في الهداية وان أنكر شهودا لأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع قال الكمال لان انكارهما الشهادة انكار للتصميم وهو شرط في القبول فوقع في التصميم تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الأصول بعدمه ولا نبوت مع التعارض اه وقال الاتقاني لان شرط صحة الشهادة التصميم فاذا أنكر شهودا لأصل شهادتهم لا يوجد التصميم فلا تصح شهادة الفرع لعدم الشرط اه

وما رواه أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أمامهم حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم يشكر شهود الأصول اه كافي قال شيخنا رحمه الله فظهر بما ذكر في الكافي وبما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الأصول شهادتهم

بنفس الحادثة أو أنكروا شهادتهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكثر والهداية إنما هو على ما صوره في الكافي لأعلى ما صوره الشارح حيث قال إنكار الأصل الشهادة ولم يقولوا بآثار الأَشهاد اه (قوله في المتن ولو قال (٣٤١) في التسمية لم يجز حتى ينسبها

إلى نفعها) فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها العتابي بالاب الأعلى الذي ينسب أبوها إليه وذلك لأن بني نعيم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا إلى القبيلة الخاصة اه (قوله الشعب) بفتح الشين اه فتح (قوله على اختلاف القولين) أي قول الرخشي وقول صاحب الصحاح اه (قوله في المتن ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعز) فان في الهداية وفي الجامع الصغير شاهدان أقرأ أنهما شهدا بزور لم يضربا وقال يعززان وفائده أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقتضى على أنه بذلك فإنه لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة والبيانات للإثبات اه قال الاتقاني قوله وفائده أي وفائدة وضع الجامع الصغير وهذا لأنه وضع المسئلة فيه فيما إذا أقرأ أنهما شهدا بزور وفائده أنه لا يثبت كذب الشاهد إلا بقصراره إذ لا سبيل إلى معرفة ذلك بالبينة لأن البينة إذا قامت على أنهما شهدا بغير حق فلا يلتصق بذلك لأن الشهادة على

أي الأشهاد ومعناه إذا قال شهود الأصل لم نعرفهم ولم تشهدهم على شهادتنا فأتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لأن التحميل شرط ولم يثبت التعارض بين خبر الأصول وبين خبر الفروع لأن الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو شهدا على شهادة رجلين على ثلاثة بنت فلان الفلانية بألف وقالوا أخبرنا أنهم ما يعرفانها فإما امرأة فتألا لا ندري أي هذه أم لا قيل للمدعي هات شاهدين أنها فلانة) لأن التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من إثبات تلك النسبة للحاضرة وتطيره إذا شهدوا ببيع محدود بذ كحدوده من غير معرفة عينه وتطيره على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعي عليه ليصح القضاء وكذا إذا ذكر المدعي عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده (وكذا كتاب القاضي إلى القاضي) معناه أن القاضي إذا كتب إلى القاضي الآخر إن فلانا وفلانا شرا عندى بكذا من المال على ثلاثة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب إليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الأولى لمذكرنا ولا فرق بينهما إلا من حيث أن القاضي الكاتب لو لا يته بتقدير ينقل الشهادة إليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما ينسب قال رحمه الله (ولو قال فيهما التسمية لم يجز حتى ينسبها إلى نفعها) أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي إلى القاضي فلانة بنت فلان الفلانية لم يجز حتى ينسبها إلى نفعها وهو الحد الأعلى لأن التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة إلى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة إلى الخاصة والنسبة إلى الفخذ خاصة لأن أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أنحص من الكل ذكره في النهاية وعزاه إلى الصحاح وجعل الرخشي فيها حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب مجمع القبائل والقبيلة مجمع العمارات والعمارات مجمع البطون والبطن مجمع الانخاد والفخذ مجمع الفصائل خزيمة شعب وكذا قبيلة وقريش عارة ونصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمى الشعب شعبا لأن القبائل تشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالنسب وذلك يحصل بالنسب إلى الخاص دون العام وبزور عيم عام فلا يحصل العلم بالنسبة إليه والعراغية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والأوزجندية خاصة وكذا النسبة إلى السكة الصغيرة بخلاف الجملة الكبيرة ثم التعريف وإن كان يتم ذكر الحد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الحد قال رحمه الله (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعز) أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يوجب ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء أو لم يتصل لأنه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير رازاله الفساد وإنما قلنا أنها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام أيها الناس عدلت شهادة الزور والاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبار فقال عليه الصلاة والسلام الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فإذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالإجماع وإنما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه ضرب شاهدا زورا أربعين سوطا وضخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن شر يحارضي الله عنه

(٣١ - زبلي رابع) النقي لا تسمع اه (قوله فإذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالإجماع) غير أنه كفي بتشهيره حاله في الأسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أضافا إلى ذلك الضرب ويقولهما قال الشافعي ومالك رحمه الله اه كمال (قوله وضخم) يقال ضخم وجهه إذا سوده من الضخم وهو سودا الفقدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحيم وهو الاسود وفي المغني ولا يضخم وجهه بالخاء

والخاء اه كمال (قوله وشرع رضي الله عنه) هنا جواب عن سؤال مقدرو هو ان يقال أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعي فقد روى عنه انه قال هم رجال ونحن رجال نجتهد فأجاب بما ذكرنا اه (قوله وماروى عن عمر رضي الله عنه كان سياسة) قال الكمال رحمه الله وأما الجواب بأن ماروى من ضرب عمر والتخمين (٣٤٣) كان سياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقد روي بما ذكرنا

من كتابة غيره الى عماله في البلاد وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحد ودفليس شيء لان ذلك مختلف فيه فن العلماء من يحججه وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمس وسبعون وتسع وسبعون فجاز كون رأى عمر رضي الله عنه كذلك وأما كون التخمين مثله فنسوخة فقد يكون رأى عمر رضي الله عنه أن المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول اه (قوله والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان) مثل أن يقول شهدت في هذه الزور ولا أرجع عن مثل ذلك اه فتح (قوله قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصرع الخ) قال الكمال وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برده شهادته بخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا في المخالفة أو للمدعى غرض في أذاه وزاد

شيخ الاسلام أن يشهد بعوت واحد فيجب حيا اه

كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما يكونون ويقول ان شريحا بقرتكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهدا زورا فاحذروه وحذروه الناس وشرع رضي الله تعالى عنه وان كان تابعا ولكن زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فن كان بهما المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روى عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يقلدهم وعندهم فقال مثل مسروق والحسن وعقبة وشرع ومن كان في رتبته من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد للصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين لتجوزهم فعلهم وقولهم لا سيما شرع فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم وكيف لا يكون وهو محض منهم فيكون تقليده تقليد لهم ضرورة وماروى عن عمر كان سياسة بدليل يبلغه أربعين وهو حد العبد في القذف وبدليل تخمينه وهو مثله لم يجز بالاجماع ولذا لم يقولوا به لثبته عليه انصالة والسلام عن المثلة ولو كان في الكلب العقور ولان الضرب الشديد والتخمين نفعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذ كر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا وقال الامام الحاكم أبو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة ولندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني أن يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأي سبب فانه على الاختلاف الذي ذكرنا قوله ومن أقر أنه شهد زورا تصرع بأنه انما يجب التشهير أو التعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من أقر على نفسه أنه شهد كاذبا متعمدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أو ردت شهادته لثمة أو تخالفه بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فانه لا يعزر لانه لا يدري من هو الكاذب منهم المشهود له أو الشاهدان أو أحدهما وقد يكذب المدعى لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات ولا تهمه في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو موته حيا ليقبضنا بكنسهم والرجال والنساء وأهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادتين بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقد رده بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والعجيج أنه مفقوض الى رأى القاضي وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالة لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبي يوسف أن شهادته تقبل وبه يفتي فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهمة وسببها أنواع إمام معنى في الشاهد وهو النسق والمعنى وإمام معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقراءة الولاد والزوجة وإمام الدليل شرعى وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان بأربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذا لم تأتوا بالشهداء فأتوا بثلث عند الله هم الكاذبون والله أعلم

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه وقال عليه

الصلاة

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم أبحاث اثباتها فكانا متوازنين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كالأدال ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعده كما أن وجوده

بعده وخصوصا مناسبتة بشهادة الزور وهو أن الرجوع لا يكون غالبا إلا لتقديمها عدا أو خطأ اه كمال رحمه الله قال الكاكي عقب الرجوع عن الشهادة الشهادة إذا الرجوع يقتضي سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور إذا الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور ثم للرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضي أي قاض كان فيختص بمجلس القاضي اه (قوله وحكمه بعد القضاء) قالوا ويعز الزور سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعد الزور إن تعد أو التهور والجملة إن كان أخطأ فيه أو تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حكمة قدر اه كمال وكتب مانصه قال الاتقاني وحكمه إيجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض اه (قوله وقبله التعزير فقط) أي بالضرب عندهما وبالتشهير عند أبي حنيفة على مائة دم في شاهد الزور اه (قوله في المتن ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي) قال الكمال سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره اه وهو معنى قول الشارح أي حاكم كان اه وكتب مانصه قال الكمال وزاد جماعته في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال وإذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلا دعي المشهود عليه رجوعهما أو أراد بينهما أنهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لأنه ادعى رجوعا (٣٤٣) باطلا وإقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الأعلى دعوى صحيحة

ثم قال حتى لو أقام البينة أنه رجع عدا قاضي كذا ونعنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقدير صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان وثرد بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعريلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالزام المال

الصلاة والسلام كآتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبار عن ما ينأى وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلغنه ملائكة السموات والأرض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها وإذا وقعت منه خطأ أو عمد يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح إلا عند الحاكم ولا يمنع عنه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لأن الاستحياء من الخلق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما ألتف به بالزور لأن رجوعه مقبول في حق نفسه وإن لم يقبل في حق المدعى ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله (ولا يصح الرجوع إلا عند القاضي) لانه فسخ للشهادة فخص به الشخص به الشهادة من مجلس الحاكم أي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسرو والعلانية بالعلانية فإذا كانت الجريمة بحضور الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فإذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غيره القاضي أو طلب يمينه لا تقبل بينته ولا يحلفان لأنه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما إذا أقر أنهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح إقرارهما وان أقر بالرجوع باطل لأن إقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما إذا أقام البينة أنهما رجعا عند قاض آخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لأنه ادعى رجوعا صحيحا قال رحمه الله (فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها) لأن كلامهما متناقض

لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع اه (قوله والتوبة بحسب الجناية) قال الاتقاني والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغي أن تكون التوبة عنها وهي الرجوع عن الشهادة الباطلة مختصة بمجلس القضاء أيضا ألا ترى إلى ما روى عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه بعثه إلى اليمن فقال معاذ أوصى يا رسول الله قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت وإذا علمت شرا فأحدث توبة السر بالسرو والعلانية بالعلانية اه (قوله ولا يحلفان لأنه ادعى رجوعا باطلا) وإقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الأعلى دعوى صحيحة اه كمال (قوله في المتن فإن رجعا قبل حكمه لم يقض بها) حيث قالوا تشهد بكذا لا تشهد به اه فتح وكتب مانصه قال الكمال وكان أبو حنيفة أولا يقول يتظر إلى حال الشهود إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صرح رجوعهم في حق نفسه وفي حق غيره فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو يزيد يعزرون ولا ينعقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذنا جاد بن أبي سليمان ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينعقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما اه وكتب مانصه قال الاتقاني ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن إذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كما لو رجع عند القاضي الذي شهد عنده انما يجب عليه الضمان إذا قضى القاضي عليه

بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال وكان أستاذنا نهر الدين البديع يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اه (قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض) ولانه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر فى احتمال الصدق كالاول فليس القضاء بأحد هما بعينه أو لى به من الآخر فوق كل منهما اه كمال (قوله لانهم لم يتلفا شيئا على أحدهما هذه الشهادة) أى لان الشهادة لا تتعلق بها حكم قبل القضاء فان لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت اه اتقانى (قوله فى المتن وبعبء لم ينقض) وذلك لان الشاهد لما كذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اه اتقانى (قوله فى المتن وضمننا الخ) قال الاتقانى وهو مذهب مال وأحمد بن حنبل وقال فى شرح الاقطع قال الشافعى فى قوله الجديد لا ضمان عليهم له أنه اجتمع فى هذا الاتفاق السبب (٢٤٤) والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان

على الشهود كالحافر مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل الى المقضى له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضى له ولا على القاضي بالاجماع أما على المقضى له فلان رجوع الشاهد لا يصح فى حق الغير وأما على القاضي فلانه كالمجاعل المتضا لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرا حتى لو لم يوجب القضاء بكفر ولو رأى ذلك ومع هذا آخر القضاء يفسق واذا كان كالمجاعل كان معذورا فى قضائه ثم لا يجب الضمان على المقضى له وعلى القاضي فتعين ايجاب الضمان على

فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهم لم يتلفا شيئا على أحدهما هذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيئا ولا على المدعى لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الامر أن يقال لو لا رجوعهما لقضى بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كالأبى أن يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضى بشهادتهما اذا ثبتت عدتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز أن يجرحا ولان المدعى على دعواه فلا عليه يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما قال رحمه الله (وبعبء لم ينقض) أى اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلامه مامتناقض فكلا لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهم مامستويان فى الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فصار تطير ما لو شهدا أن عرافته بكر بالكوفة وشهد آخر ان انه قتله بمصر فانهما قبل القضاء يردان وبعبء لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض أدى الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخير الى غير نهاية قال رحمه الله (وضمننا ما تلفاه للشهود عليه اذا قبض المدعى المال دينيا كان أو عينيا) لان التسبب على وجه التعدى يوجب الضمان كحفر البثرو وضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعى رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشر لانه ملجأ من جهنهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهور وعد التهما حتى لو امتنع بانهم ويستحق العزل ويعزر ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعى رضى الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك فى المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال انتم أيضا تناقض قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الابتناء الجناية والتسبب فيه قصور

الشهود لانهم صاروا سببا لازالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعق ثم رجعوا اه مع حذف (قوله لان) ولهذا التسبب على وجه التعدى الخ) وذلك لانهم اقترابا هما تعديا ووضعوا الشهادة فى غير موضعها وصار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان يستل التعدى يوجب الضمان كما فى حافر البثرو وضع الحجر على فارة الطريق غاية ما فى الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح فى حق نفسه لا فى حق غيره اه اتقانى (قوله لانه لا عبرة للتسبب مع وجود المباشرة) قلنا المباشر القاضي والمدعى ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالمجاعل الى مباشرة لقضاء الذى به الاتفاق من جهة الشرع باقتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأ الشرع لا يضمنه وأما المدعى قال انه أخذه بحق ظاهر باض لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطائه ما أخذ بذلك الوجه الماضى شرعا واذا عذر الايجاب على المباشر فتعين على التعدى بالتسبب اه فتح

(قوله وقال شيخ الاسلام) أي خواهرزاده اه (قوله وان كان عينا يجب على الشهود الضمان) قال الاتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اه (قوله وان لم يقبض المشهود له) والى هذا ذهب شمس الأئمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنيما قيمته قبضه المشهود له أم لا لانهما أزالا ملكا الاخر عن العين المقضي به وألتهما حال بينهما وبين ماله وان كان المشهود به ديناً ثم رجعا شهود قبل قبض الدين لا يضمنون لانهما ألتفا وما حالاً ولاتهما أو جادينا ولا يوجب ضمان العين لان ضمان العدو ان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لاجرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن الى هنا لفظ الشامل اه اتقاني (فروع) شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمنيما حالاً ثم رجعا على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة * شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنيما قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليه ماله كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع * شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة (٣٤٥) وقضى به ثم رجعا بخير البائع بين رجوعه

على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حاله ولا يضمنهما الخمسة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطالب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل اه كمال مع حذف فروع منه (قوله لان الضمان أي ضمان الاتلاف وضمن الاتلاف الخ اه فتح (قوله وجاز للقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه) وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للذمي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون

ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا عذر باعتباره المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطأ والمال يجب والخطأ أقوى من التسبب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبب فأولى أن يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به ديناً فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء ألا ترى أن المقضي عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها وجاز للقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلورجع عليه قبله لم تحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين أخذ العين وإيجاب الدين وفي العين تتحقق وكذلك في العقار ضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجماهما الله لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام نصار كلود بعة فانه لو ادع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره فانه يضمن للمودع لتحقيق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بأنه أبرأ من الدين أو حله أو تصدق عليه به أو وهبه إياه ثم رجعا ضمنيما المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الادمي قال رحمه الله (فان رجعا أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لمن رجع) وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقا من يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب وفي هذا المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضا لاتا قول يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان

له أن يضمن الشاهد شيأ ما لم يخرج من يده قال البرازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا اه كمال قال في الخلاصة مانته الشاهدان اذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا للمال الذي شهدا به وهذا قول أبي حنيفة الاخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضي له المال الذي قضى به أو لم يقبض وكذا العقار اه (قوله في المتن والعبرة لمن بقي لمن رجع) قال الاتقاني رحمه الله والاصل هنا ما ذكره روافي شرح الجامع الكبير أن العبرة في الرجوع لبقا من بقي لا لرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للشهود عليه ما أثبت بشهادته للشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في ابطال ما ثبت للشهود له وانما قلنا العبرة لبقا من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المتي كما اذا رجع أحد الثلاثة لانه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق لم يتلف منه شيء بقاء الشاهدين اه (قوله كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ) قال الكمال وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادته واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حالة البقاء

ما يلزم في الابتداء وحينئذ بعد ما ثبت شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فبقي هذه الحصة مابقي على شهادته ويكون متلفا لارجوعه اه (قوله فعليه الربع اثلاثا) ثلثا الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اه (قوله في المتن فان رجعت (٢٦ ٤٣) أخرى ضمن) أي النسوة التسع الراجعات اه (قوله في المتن وان رجعوا) أي الرجل

لم يعقده ابتداء قال رحمه الله (فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا لها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن ألتف مال انسان ثم استحق التلف بينة لا يضمن للاول شيئا فكذا هذا قال رحمه الله (وان رجع آخر ضمنا النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي أن لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقيين ولهذا لم يضمن شيئا بارجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا أنه عند رجوع الاول لم يظهر أثره لما منع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبقى الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس أحدهما بأولي من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذ ارجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب على الضمان بارجوع غيره قال رحمه الله (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن الربع) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله (وان رجعتا ضمنا النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليه ما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله (وان شهد رجل وعشرة نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان قال رحمه الله (فان رجعت أخرى ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة قال رحمه الله (وان رجعوا فالغرم بالاسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهم وان كثروا يقرن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهم الا بانضمام رجل فعلم من هذا أن الحجة لا تتم بين مالم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهم النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادتهم فعليه ضمما عند الرجوع ولا يبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلون عدلت شهادة كل اثنين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك سنقرجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهم عند انفرادهم لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهم عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى أن كل اثنين منهم في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهم لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن وان اختلطن بغيرهن فباعتد بكثرتهم فكذاها وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذ ارجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهم وان كثروا يقرن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهم نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف أخماسا عنده وعندهما أنصافا وذكر الاسيحي أن له لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما أثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد

والنسوة اه (قوله ولهذا لا تقبل شهادتهم الا بانضمام رجل) فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين اه غايه (قوله في حنيفة) أي لا يبي حنيفة أن الشرع جعل شهادة امرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فتصير شهادته عشرة نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كان الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعا فوجب الضمان أسداسا اه غايه (قوله كان عليهن نصف الحق بالاتفاق) على اختلاف التخرج فعندهما لان الثابت بشهادتهم نصف المال وعنده (١) اه فتح (قوله) لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احدهن أولى بضمان النصف من الاخرين اه فتح (قوله وذكر الاسيحي) أنه لو رجع رجل وامرأة (الح) ما ذكره في المحيط وكذا في الاختصار على قولهما وما ذكره الاسيحي بناء على قول أبي حنيفة بدليل ما ذكره آخر المسئلة من قوله وان رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما

الح فلا سهوا اذا نذاها شيخنا البرهان الطرابلسي اه (قوله وان شهد رجلان وامرأة) قال الاتقاني عنه من مسائل فلا البسوط وانما لم يوجب الضمان على المرأة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة اه

(١) قوله وعنده هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا حرر اه صحيحه

(قوله بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان أي ثم رجعا فالضمان ثلاث لأن المرأتين قاتمتان مقام رجل واحد فكأنه شاهد ثلاث رجال
 اه (قوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة الخ) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل
 والمرأة نصف المال اثلاثا في قياس قول أبي حنيفة وعندهما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لأن عندهما الثابت بشهادة
 النسوة نصف الحق وبقي شهادة المرأتين نصف الحق وعند أبي حنيفة الحق بينهما (٢٢٦) الرجال والنساء على سبيل

ثم تقام كل امرأتين مقام رجل قتلان نسوة يقين
 مقام رجل ونسوة فان رجعا جميعا فبندهما
 أنصانا وعندنا أخماس إلى النسوة ثلاثة أخماس إلى
 هنا لفظ الشامل اه اه في (قوله في المتن وان شهد
 رجلا عليه أو عليها بشكاح بمندمة مرتبة
 ورجعنا لضمنا) قال الاتقاني وانما يجب الضمان لأن
 الضمان يستدعي المماناة لدوله تعالى فاعتدوا عليه
 بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماناة بين لعين والمنفعة
 التي هي العرض أعني منفعة البضع فلا يجب الضمان
 كافي اثلاف سائر المنافع المعصومة حيث لا يجب
 الضمان عندنا خلافا للشافعي ولأن منفعة البضع لا قيمة
 لها عند الخروج عن ملك المرأة ألا ترى أن امرأة
 مريضة لو تزوجت نفسها بأقل من مهر المثل لم يجب
 لها كمال المهر بخلاف ما لو باعت في مرض موتها شيئا
 بأقل من قيمته وانما لم يجب للبعضع قيمة عند الدخول
 في ملك الزوج ابانة لخطر

فلا يضاف الحكم إليه بخلاف ما إذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعا
 فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعندنا عليه الخمان وعليهن ثلاثة الأخماس على
 الأصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شيء وعنده
 عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم قال رحمه الله (وان شهد رجلان عليه أو عليها بشكاح بمندمة
 مثلها ورجعنا لضمنا) سواء كانت هي المدعية أو هو ورجعه الله عليه أو عليها لان المتهم عليه
 أن تلقا عليه شيئا بعوض يقابله والاتلاف بعوض كالاتلاف فان قبل هذا استقيم في حقها لانها ما أنقضا
 عليها البضع بعوض متقوم وأما في حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وأن تلقا عليه المال المتقوم
 بما يملكه فوجب أن يضمن له مطلقا قلنا البضع متقوم بال دخول في الملك والكلام فيه قال رحمه الله
 (وان زاد عليه ضمناها) أي ان زاد على مهر المثل ضمنا الزيادة إذا كانت هي المدعية للنكاح وهو ينكر
 لانهما أنقضا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما إذا بدعا عليها بالنكاح بأقل من مهر
 المثل فكيف أنهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمقوم اذ
 التضمن يستدعي المماناة وانما يضمن ويتقوم بالملك ضرورة ابانة لخطر الحمل فصار الأصل أن المتهمود
 به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وان كان
 مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعادله لا يضمن
 بقدر العوض ويضمن الزيادة لظواهر العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها أو
 بعضه ففرضي بشهادتهما القاضي ثم رجعا ضمنا لانهما أنقضا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون
 البضع ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الألف وهي تشكر فقضى
 بشهادتهما ثم رجعا ضمنا للمهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقبض بوجوبه لان
 القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بارأه ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا
 لا يحتاج إلى القضاء فلم تقع الشهادة بالقبض اتلاف المسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت اتلاف البضع
 فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث أنه أوجب
 على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب أن لا يجب شيء على ما بينا وهو أن
 منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما يتقوم على الزوج عند غلظها به وارشدها بالنكاح على
 ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة ألفا لانهما
 لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لها حق الاستيفاء لان الألف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم شهدا
 أنقضا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى عي امرأة أنه تزوجها على مائة وقالت تزوجني على ألف وذلك
 مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لهما تسعمائة في قول
 أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى ولم يضمنوا أي قول أبي يوسف رحمه الله وهو بناء على مسألة النكاح
 في اختلاف الزوجين في المهر فعندهما القول قولها إلى مهر مثلها ولو لا شهادتهما لرضي لها عليه بألف
 وأنقضا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعندنا القول قوله فلم يتلقا عليها شيئا وهذا يبين أن المراد بقوله

الحل اه كلام الاتقاني رحمه الله (قوله قلنا البضع متقوم حال دخوله الخ) وفي الذخيرة ومنافع البضع تعتبر مالا عند الدخول فصحت
 عوضا ولهذا يجوز للاب أن يزوجه ابنة الصغير بمهر المثل من مال الصغير والاب لا يملك إزالة مال الصغير إلا بعوض ولا يملك أن يخلع ابنته
 الصغيرة بما لها وان كان المسمى مثل مهر المثل اه كافي (قوله في المتن وان زاد) وفي بعض النسخ زاد ما تظن الا فرادى عاها شرح العيني
 اه (قوله لانهما أنقضا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض) حيث لم يدخلها بزيادة بل بزيادة ما تظن

الآن يأتي بشئ مستنكر ما لا يصلح أن يكون مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وان أتلفا منفعة
 بأن شهدا أنه أكرى دابته بجأته وأجر مثلها ما تئان فركبها ثم رجعا لم يضمنان كان المدعى هو المستأجر
 والمستنكر صاحب الدابة لانهما أتلفا على صاحب الدابة بمجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب
 الضمان لما عرف وان كان المدعى صاحب الدابة والاخر مستنكر ضمنه ما زاد على أجر المثل لانهما أتلفا
 عليه ذلك القدر بلا عوض وقد رأينا المثل بعوض فلم يضمنه قال رحمه الله (ولم يضمن في البيع الامتنع)
 يعني اذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنه اذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لانهما
 أتلفا عليه المبيع بعوض بعده أو يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وان شهدا عليه بأنه باع بأقل من
 القيمة ضمننا النقصان لان ذلك القدر أتلفا عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار
 الشرط للبائع أو كان بالان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار متى المدة
 فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان
 متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فوجب أن لا يضمنه
 شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تأخر حركه وهو زوال الملك ولهذا يستحق
 المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا لان البائع كان
 مستنكر البيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالقرب بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس
 فيكون كاذبا عندهم فيتوقف حذرهم من ذلك حتى اذا أجاز به باختياره ليس له أن يرجع على الشهود لانه
 أتلفه مباشرة ولا يضاف الحكم الى السبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بتقدير الثمن
 وان شهدا بتقدير الثمن مع انهما شهدا بالبيع يتطرفان شهدا بالبيع بالف مطلقا ففضي به القاضي ثم شهدا
 عليه بعد القضاء بقبض الثمن ففضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمننا الثمن لان الثمن تقر في ذمة المشتري
 بالقضاء ثم أتلفا عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة
 أيضا مع ذلك لانهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة
 واحدة ففضي به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يفضي بالبيع لا يوجب الثمن
 لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشئ اذا اقترن بهما يوجب
 بطلانه لا يفضي به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء
 بالبيع لا اقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء ففضي به
 ثم رجعا فان كان بمثل قيمته أو أقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على
 ما بينا وان كان بأكثر من قيمته ضمننا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما أتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه
 وكذا اذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجار البيع بمضى المدة وان جازا بآثاره لا يضمنان
 على ما بينا في حق البائع قال رحمه الله (وفي الطلاق قبل الوطء ضمننا نصف المهر) يعني اذا شهدا بأنه
 طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمننا الزوج نصف المهر لانهما كذا عليه ما كان على شرف
 السقوط لان احتمال ارتدادها وقبيل ابن زوجها بابت فمحتمل أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به
 ولتا كمد حكم الايجاب فصار كأنهما أوجبا عليه ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فقتله آخر في يده يلزم
 الأخذ بالجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالنسيب والتقرير حكم
 الايجاب ولان الفرقه قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيئا اذا لم تكن من جهته وهما باضافة
 الفرقه اليه الزمنا نصف المهر فيضمنانه ذلك ويتقضى هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احدهما
 امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعباد بالله
 ولحققت بدار الحرب وسييت ثم رجع الشهود عن شهادتهما لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف
 السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل

(قوله وهو ما دون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب التمسك أن المراد به ما يستنكر عرفا هو الأصح
 اهـ

(١) قوله منه هو اسم فاعل
من أنهي كما هو ظاهر اه
معكحه

(قوله في المين ولم يضمنوا
بعد الوطء) قال في التحفة
ولو شهدا على رجل أنه
طلق امرأته ثلاثا وقد دخل
بها وقضى القاضي ثم رجعا
لم يضمنوا الا ما زاد على مهر
المثل لان تقدير المهر اتلاف
بعوض وهو استيفاء منافع
البضع ولو كان قبل الدخول
ان كان المهر مسمى ضمنا
النصف وان لم يكن المهر
مسمى يضمنان المنفعة لان
ذلك تلف بشهادتهم ولم
يحصل له بمقابلته عوض اه
اتقاني

بها وزوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لو لا قسده لكان احتمال
السقوط ثابتا ولكن نقول القتل (١) منه للنكاح والشيء بانتهائه بتقرير الدين المؤجل ثابت في الحال وانما
تأخرت المطالبة ولهذا الوات من عليه الدين يحل ولم يؤكدا بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال أو
نقول لان تسليم بان دينها يسقط بل يكون لو رثتها وتقتضى به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل
والابن اذا كره امرأة أبيه فزنى بها يلزم أباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكرهه اباها ألزم أباه
نصف المهر فصارت نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قاعنون مقامه ولم
ترث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه صلقها في حياته قبل الدخول به ثم
رجعا لم يضمنوا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنوا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا
ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموتها فبطلت هذه الشهادة ابطالها
نصفها مؤكدا من المهر وإرثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي قال رحمه الله (ولم يضمنوا
بعد الوطء) يعني لو شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقتلها بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنوا لان المهر
ثابت بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها
قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها أن تغرم للزوج نصف المهر
لان البضع متقوم ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يملك بلا عوض فكذا عند خروجه
عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه من ضرورة تقوم في إحدى الحالتين النقوم
في الحالة الاخرى كملك العبد ولنا أن ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع
ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقولها ولو كان ملكه متقوما
لكان له ولكان له أن يزوجهما من انسان كملك العبد ولان الضمان من شرطه الممانعة ولا ممانعة بين البضع
والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا وأما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون
الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصنوعا عن الابتذال ولا يملك مجازاة فان ما يملك
مجازا لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى
لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيئا لكن يسقط عنها ملك الزوج ألا ترى أن ما هو
مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة
الخروج دون الدخول ليس له أن يخلع ابنته الصغيرة على ما لها من زوجها وليس له أن يزوجه ابنته الصغيرة
على ما له بخلاف ملك العبد فانه ملك مال والمال مثل المال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال رحمه الله (وفي
العتق ضمنا القيمة) أي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعنته ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد
لسببه لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والوالد الذي شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول
اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمنع وجوب الضمان عليه ما يثبت الولاء للولي لان الولاء ليس
بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لغة كحمة النسب فلا يكون الضمان
بذلا عنه بل عما اتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه
ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعناق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه
فأوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلوات يجب على الموسر دون المعسر كلزكاة ونفقة الاقارب
ولو شهدا عليه بانه دبره ففقد القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا للعبد حق العتق
وبذلك تنقش ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال
سواء عتق ثلثه وسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته
مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده ففقدوا الكتاب ثم رجعا ضمنا قيمته كلها
لانها حاله بين عبده فصارا كالعاصبه بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة

على نحو مهالانها مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان أن يكسأه كيلا يجتمع
 البدلان في ملك شخص ~~لكن~~ المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى
 ما عليه كما كان قبل رجوعهما فإذا أدى عتق والولاء للمولى لأنه هو المكاتب له وإنما الشاهدان قاما مقامه
 في أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأداه اليهما كادائه إلى المولى ويطيب لهما ما أخذ من المكاتب إن كان
 بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وإن كان أكثر تصدقا بالفضل وإن عجز ورد في الرق كان لمولاه لأن رقبته لم
 نصير ملكا للشاهدين لماذا كرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لأن الحيلولة قد بطلت بحجز المكاتب
 فصار نظير ما إذا غصب المدبر فأبق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الأباق فإنه يجب على المولى أن يرد على
 الغاصب ما أخذه منه فكذا هذا ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو
 شهد أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين إما أن
 يكون معها ولدا ولم يكن وكل وجه على وجهين إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته
 فإن لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فإنهما يضمنان المولى نقصان قيمته فإذا مات المولى
 عتقت فيضمنان الورثة باقي قيمته لأنه لو لا شهادتهما لورثها الورثة فقونا عليهم هذا القدر وإن رجعا بعد
 موت المولى ضمنا جميع قيمته للورثة لاتلافهما ذلك عليهم وإن كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا
 نقصان قيمته لماذا كرنا وضمنا جميع قيمة الولد لأنه لو لا شهادتهما كان عبدا له فقونا عليه ذلك فإذا مات
 المولى بعد ذلك إن لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الأب
 منهم ما لأن من زعم الولد أن رجوعهما باطل وقبض الأب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه
 فيؤدى من تركته إن كان له تركة والأفلاشي على الابن لأن من أقر على مورثه بدب وليس له تركة لا يجب
 عليه شيء وإن كان معه شريك فإن الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الأم
 ويرجعان على الولد بما قبض الأب منهما لماذا كرنا إن ترك ما لا ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه لأنه في
 زعمه ظلهما فلا يظلم هو وكذا في زعمهما فلا يظلمه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الولد بالارث وإن رجعا
 بعد وفاة المولى فإن لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لأنه هو الوارث وحده وهو يكذبهما في الرجوع
 وإن كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الأم ولا يضمنان له ما ورثه
 الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذه منهما شريكه لأن هذا ظلم شريكه لا ظلم أبيه فلم يكن ذلك دينا على
 الميت حتى يقدم على الارث وإنما يجب عليهما أن يضمننا جميع قيمته هنا لأنهما تلقاها عليهم ولم يضمننا
 من قيمته شيئا للمولى بخلاف المسئلة الأولى هذا كله فيما إذا كانت الشهادة حال حياة المولى وإن شهدا بعد
 وفاته والمسئلة الثالثة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فإن لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمته للورثة
 لماذا كرنا وإن كان معها ولد ضمنا قيمته الولد كلها وما أخذه الولد بالارث بخلاف ما إذا كانت الشهادة
 في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذه الولد من تركته والفرق بينهما أن الشهادة في حال الحياة
 لا تكون شهادة بالمال والميراث لأنه يجوز أن يموت الابن أو لا فيرثه الأب فلا تكون شهادتهما إلا بالمال
 فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون اتلافًا فيضمنان ذلك كله حتى الولد
 نفسه لأنه لو لا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال رحمه الله (وفي القصاص الدية ولم يتنصا) أي فيما
 إذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا
 يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لأنهما تسببا لقتله فصارا كالمكره
 بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة أفضى إلى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهما
 ولنا أنهما تسببا لقتله وليسا بمجسبين إذا الولي بالخيار أن شاء قتل وإن شاء عفا بل جازب العفو مترجح والسبب
 لا بوجوب القصاص كحقر البئر ولأن القصاص نهاية العقوبة فلا يجب إلا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة
 عمدا بآلة صالحة ولم يوجد ذلك هنا لأن الشهادة ليست بقتل حقيقة وإنما تصير قتلًا بواسطة ليست في يد

(قوله فإن الشاهدين يضمنان
 لشريكه نصيبه) أي إذا لم
 يقبض الأب منهما غير
 نقصان قيمة الأم اه (قوله
 ويرجعان على الولد بما
 قبض الأب) أي من نقصان
 قيمة الأب اه (قوله فصارا
 كالمكره) وهذا لأن
 الشاهد كالمكره أيضا
 للقاضي على قضائه فإنه لو لم
 يروجوب القضاء على نفسه
 بعد الشهادة يكفر ولو رأى
 وآخر يفسق ثم المكروه يجب
 عليه الفصاص فبالطريق
 الأولى أن يجب على الشاهد
 اه غايه (قوله لأن الولي
 يعان) أي يعان على استيفاء
 القصاص من جهة المسلمين
 اه (قوله والمكره يمنع)
 بفتح الراء اه اتفاقا وقال
 الكاكي قوله والمكره يمنع
 بنصب الراء على صيغة اسم
 المفعول لأن الشاهد بمنزلة
 المكره بكسر الراء والولي
 بمنزلة المكره اه

(قوله ولا يصير به ملجأ)
تقدم أنه يعزروا ولم يقض بعد
شهادة الشهود اه قارئ
الهداية (قوله بخلاف المكره)
بفتح الراء اه غايه (قوله
في المتن وان رجع شهود
الفرع ضمنوا) اعلم أن
شهود الفرع اذا رجعوا
عن شهادتهم في مجلس
القاضي بعد القضاء
بشهادتهم ضمنوا المشهود به
لان اتلاف المشهود به حصل
بادائهم الشهادة في مجلس
القاضي فكان الاتلاف
مضافا الى شهادتهم فوجب
عليهم الضمان اه اتقاني
(قوله في المتن لاشهود الاصل)
قار في الهداية ولورجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد
شهود الفرع على شهادتنا
فلا ضمان عليهم قال الاتقاني
هذا اللفظ التدويري في مختصره
ولم يذكر فيه الخلاف بين
أصحابنا وكذلك أثبت
صاحب الهداية مطلقا بلا
ذكر الخلاف وقال في شرح
القدوري للشيخ الامام أبي
نصر البغدادي هذا الذي
ذكره قول أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد يضمنون
وهو رواية عن أبي حنيفة
الى هنا لفظه رحمه الله (قوله
فيما اذا قالوا أشهدناهم
وغلطنا) اعلم أن الفرعين
لا ضمان عليهما في هذه
الصورة بالاتفاق لانهما
لم يرجعا عما شهدا اه
اتقاني

الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة
الى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة
ولا حكم لعدم الجلاء لان الملجأ هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه باطبع فيكون
كسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في
الآخرة ولا يصير به ملجأ لان كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة في الآخرة ويصير بذلك مقهورا
والولي مباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف تأتى الاكراه في حقه
بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكر والمكره كالاتلاف
ولان أقل أحواله أن يكون شبهة ولقصاص يسقط بهادون الله لان لما يجب مع النسبة وارجع
الولي معهما أوجاه المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ارشاء ضمن الولي اليه وان شاء ضمن الشاهدان لان
الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكم والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان
وأهم ما ضمن لا يرجع على صاحبه عن رأبي حنيفة رحمه الله وكذا عنددهما ان ضمن الولي وان ضمن
الشاهدان فلهما أن يرجعا على الولي لانهما عاملا لان في الشهادة فيرجعان عليه عما لحقهما بها كالمشهدا
له بقتل الخطاف قضى له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهم لما ضمنوا قاتله المولى وان لم يملك
القصاص فيرجعان عليه كغاصب المذبح اذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني وخيار المولى تضمين
الغاصب الأول فضمنه فللغاصب أن يضم الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المذبح
وهذا لان القصاص مما يملك في الجملته حتى ملكه الولي ورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم
محمّل للتلا فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عند تعذر عمله في الاصل كاليمين على مس السماء
ينعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لما كان الاصل هو البر وهو متصور لو حوذة د وكذا
شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيئا
ولا في حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا الاتلاف فهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع عما ضمن بسببه
على غيره كالولي وهذا لانهم لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذا لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر
الأتري أن الحافر لا يعتبر مع الدافع ثبت به اذا أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما في
الخطافان يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد أتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه
وانما ينعقد السبب موجب الحكم على أن يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور
وجود الملك في القصاص بالضمار بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغرور ولو كان القصاص ملكا
لإنسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل
ولا الشهود شيئا لولي القاتل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسألة
غصب المذبح والمكاتب فانه فيه لو كان ملكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك
حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك قال رحمه الله (وان رجع شهود الفرع
ضمنوا) لان التلف مضاف ارشادهم لصدورهم منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله (لا شهود الاصل
لم تشهد الفروع على شهادة تنأوا وأشهدناهم وغلطنا) أي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم تشهد شهود
الفروع أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان القضاة وقع بشهادة الفروع اذا القاضي يرضى بما يعاين من
الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم يقولهم لم نشهدهم أنكر والسبب أصلا وهو الاشهاد وهو خير
محمّل للصدق والكذب فلا يبطل القضاة ولا يفتت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك
قبل القضاء حيث لا يرضى به لانكارهم التعميل وهو شرط فيها وقار محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل
فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي
فيحصل القضاء بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم هم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم تشهدهم على شهادة تنافي لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما أنكروا التعميل ولا يحنيفة وأبي يوسف رحمه الله أن الموقوف من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سببا لاتلاف شيء فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القاضي ولهذا اختصر الرجوع به بناء عليه لتناسب ولا تناقض لان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد لو منعهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا نائبين عن الأصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحمّلوا وهو اشهاد الأصول ايهم على شهادتهم فصار كالمشهد واعلى نفس الحق وعلى هذا الرجوع الأصول بأن قالوا أشهدناهم على ذلك ولكننا رجعنا عن ذلك عندهما يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد ينه من الجانبين قال رحمه الله (ولو رجع الأصول والفروع ضمن الفروع فقط) لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والأصول مسيئون للتلّف من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب اذا اجتمع ما وهما متماثلان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الأصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الأصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيضمن أي الفريقين شاءوا الجهتان متغارتان لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول أو تقول احدهما اشهادا الأخرى أداء الشهادة في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمن بل يجعل كل فريق كالمفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلّف يثبت بالقل والشهاد والقل من الفروع والاشهاد من الأصول فلو لا اشهاد الأصول لما تمكن الفروع ولو لا نقل الفروع لما تمكن الأصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة أما الفروع فظاهرا لانهم نقلوا شهادتهم الأصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل القاضي بشهادتهم يأثم وكذلك الأصول مباشرة من حيث الحكم لان أداء الفروع منقول الى الأصول لان الفروع مضطرون من جهة الأصول الى الأداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الأداء أثموا فصاروا نظير القاضي لما أبلغوا الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم أي فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ماضي من القضاء لا ينتقض بقولهم كالا ينتقص برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا قال رحمه الله (وضمن المزكّن بالرجوع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمنون لانهم أثموا على الشهود خيرا فصار كما لو أثموا على المشهود عليه بأن شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلّف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما أثموا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان ولا يحنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبافصاروا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية وسبب التلّف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بما قصار التلّف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء من كيات مع الرجال في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولو لا اضافة الحكم اليها لصلحت التزكية فيها وهذا لان التأثير هو المعبر والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة ايضا في اعمال العلة اذا الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم أثموا

(قوله لان شهادة الأصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول) فلا يجمع بينهما في التضمن بان يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار في تضمين أي الفريقين شاء اه (قوله فصاروا نظير القاضي لما أبلغوا الشهود) قال العيني رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات اه (قوله في المتن ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا) قال أبو محمد الناصبي في تهذيب أدب القاضي وان قال اللذان شهدا عند القاضي قد أشهدا فاعلى شهادتهم ولكنهما كذبا في هذه الشهادة وهما ذالقول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت اليه ولم يلزمهما الضمان وذلك لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اه غاية

(قوله في المتن وشهود اليمين) قال العيني صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بأن الشرط الذي علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق بحكمه بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لأن اليمين هي السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض اهـ وكتب مانصه قال في الهداية واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهذا لفظ التدوير في مختصره قال الشيخ أبو الواسع النسفي في أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغيرها سنة اذ شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا فثبت على القاضي بعتقه بيمين دون شهادتي الدخول لأن العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لأن العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبتته شاهد اليمين دون شهادتي الشرط قالوا في شروح الجامع ولا يلزم (٢٥٣) عن هذا اذا شهدا ثانياً أنه تزوج فلانة وشهدا آخران أنه دخل

فلا تفرق بينهما في التلف بل هو واحد لان الزنا لا يوجب الرجم أبدا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهذا لفظ التدوير في مختصره قال الشيخ أبو الواسع النسفي في أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغيرها سنة اذ شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا فثبت على القاضي بعتقه بيمين دون شهادتي الدخول لأن العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لأن العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبتته شاهد اليمين دون شهادتي الشرط قالوا في شروح الجامع ولا يلزم (٢٥٣) عن هذا اذا شهدا ثانياً أنه تزوج فلانة وشهدا آخران أنه دخل

عليه بقولهم أنه حر مسلم تزوج امرأة نكاحا صحيحا وقد أوفى حقها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لأن الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهم متضادان فيكيف يكون أحدهما سبباً للآخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم أيضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أي يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقاني وهذا لفظ التدوير في مختصره قال الشيخ أبو الواسع النسفي في أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين في طلاق السنة وغيرها سنة اذ شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضي بعتقه ثم رجعا فثبت على القاضي بعتقه بيمين دون شهادتي الدخول لأن العبد تلف بقضاء القاضي والقاضي قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لأن العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبتته شاهد اليمين دون شهادتي الشرط قالوا في شروح الجامع ولا يلزم (٢٥٣) عن هذا اذا شهدا ثانياً أنه تزوج فلانة وشهدا آخران أنه دخل

لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا في التلف بغير حق وله أثر في وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر في منع وجود العلة وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله في تقسيم الشرط قلنا في شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعا فالضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقلوا قول المولى أنت حر وهذا بانفراده علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هنا شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيئا سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب وما عارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيئا كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ (قوله في المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العيني أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر رجب عليهم أيضا اهـ (قوله والشرط) قال العيني صورته ما ذكرنا في شهود اليمين اهـ

يكسر الواو وقفها اه غايه اورد كتاب (٣٥٤) الوكالة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحدة من الشهادات والوكالة الغير باحيا
حقه اه اتقاني (قوله وهو
الحفظ فقط) ومن فروع
هذا الاصل ان فرع الذي
ذكره الشارح اول هذا
الباب وقال الكمال قال
الامام المحبوني اذا قال لغيره
انت وكيل في كل شئ كان
وكيلا بالحفظ اه (قوله
وكذا لا يرد جواز توكيل
المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه
لانه عكس) ويرد على طرده
نقض وهو ان الذي يملك
بيع الخمر بنفسه ولا يجوز
له ان يوكل مسلما ببيعها
والجواب ان الذي يملك بيع
الخمر بنفسه وملك عملي
غيره ببيعها ايضا حتى لو وكل
ذميا بذلك جاز وانما لم يجز
توكيل المسلم هنا المعنى في
المسلم وهو انه امور اجتناب
وفي التوكيل ببيعها اقترابها
والحرمة اذا جاءت من قبل
الحل لا تكون مانعة حتى
لو قال قال كل من تزوج
امراة نكاحا صحيحا حل له
وطؤها لا يرد عليه الحائض
والحرمة لا نأقول هناك
جاز ايضا الا ان المنع من
الوطء جاء من قبل المرأة
بمعنى عارض حتى اذا انعدم
هذا المعنى ظهر الحل الذي
ثبت بالنكاح الصحيح اه
وكتب مانصه قالت الشافعية
لا يجوز توكيل مسلم كافرا
بقبول نكاحه لانه لا يخالو

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى وله ذاقا فبين قال وكلتك على علك الحفظ فقط وقبل
تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكيل يقال على انه توكلنا أي فوضنا أمرنا والتوكيل
تفويض التصرف الى الغير وهي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بأمره أي فوضه اليه واستمد
فيه عليه ولو وكيل الفائم بما فوض اليه ومنه مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه
وسلم حكيم بن حزام بشراء الاصحبة وقال الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف فابعثوا أحداكم بورقكم
هذه الى المدينة لانه كان لمعت منهم طريق الو كالة ويشريه من قبلنا شريفة لنا ما لم يظهر نسخه ولان
الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج فيكون
مشروعا فدل المخرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك أهويت أو أحييت أو رضيت
أرسلت أو أوردت ولو قال لا أنهلك عن طلاق المرأة لا يكون توكيلا قال رحمه الله (صح التوكيل) لما
ينام الادله قال رحمه الله (وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي التصرف الجائز المعلوم هذا
في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في
اللغة ما ينمى من قبل قال رحمه الله (من يملكه) أي من يملك التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل
من يملك التصرف ان الوكيل يستفيد ولا به التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور
ان يستفيد الولاية من لا ولاية له ولا فدية على التصرف وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد جهما الله
وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط ان تكون حاصلة بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا
للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذي يبيع الخمر والخمر يبيع الخمر المحرم الحلال
بييع لصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء
بعارض الهوى ولا بد ان يكون الموكل من تلزمه الاحكام لان المطالب من اسباب احكامها فاذا كان
من لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما قال رحمه الله (اذا كان الوكيل يعقل
العقد ولو صبي أو عبدا محجورا) يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل من يعقل البيع وغيره من
الحقوق ولو كان الوكيل صبي أو عبدا محجورا علموا المراد ان يعرف ان الشراء جالب للبيع وسالب
للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والرجح لا الهزل
لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من أهل العبارة ليكون قادرا على التصرف
وذلك بالعقل قال رحمه الله (بكل ما يعقد بنفسه) أي يجوز التوكيل بكل شئ جاز ان يعقد بنفسه لما
ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه لان المراد به ان
يعقد بنفسه لنفسه لا ما استفاد من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بأمر أمره وكذا لا يرد
جواز توكيل المسلم الذي يبيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض
فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له
لا الموكل لان البذل في باب القرض لا يجب دينيا في ذمة المستقرض بالعدة وانما يجب بالقبض والامر

عن شائبة العبادة اه ذكرنا التاخرانية في كتاب السير في نوع آخر اذا ذن الامام ادعى ان يؤمن أهل الحرب بالقبض
فانهم جازا ما منهم وليس كل من يملك الامان بنفسه يجب ان يملك الامان بالنيابة عن الغير لا ترى ان المسلم اذا وكل ذميا ان

بالقبض لا يصح لأنه ملك الغير بخلاف البيع لأن حكمه يثبت بالعقد فله أن يقيم غيره فيه مقامه
وبخلاف الرسالة بالاستقراض لأن الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لأن الرسول معبر وعبارة ملك
المرسل فقد أمر بالتصرف في ملكه استبراراً بغير نصح وأما لو كانه تغير موضوعة لنقل بارة وكل
فإن العبارة لو كبل ولهذا حقوق العقد ترجع إليه وعن أبي يوسف رحمه الله إن التوكيل بالاستقراض
جائز قال رحمه الله (وبالخصومة في الحقوق رضا الخصم الآن يكون الموكل مريضاً وغائباً مدة السفر
أو مريداً للسفر أو مخدرة) أي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم إلا إذا
كان معذوراً بعذر من الأعذار التي ذكرها فينبذ ويجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبي حنيفة رضي الله
تعالى عنه وقال لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وإن لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رضي
الله تعالى عنه لأنه وكل بما هو له الص حقه فيصحب بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض رادياً ولأن
الحاجة ماسة إلى تجويزها إذا لا يهتدي إليها كل أحد أو يرضى بها عند الأحكام كل أحد وقال عبد الله بن
جعفر رضي الله تعالى عنه كان على رضي الله تعالى عنه لا يحضر خصومة أبداً وكان يقول إن الشيطان
يحضرها وإن لها قمها وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكل عقيل فلا قبل كبر عقيل وكل عب راقه بن
جعفر فقال هو وكيل فاقضى عليه فهو على وما قضى له فهو لى ولأنه علة مباشرة بانه من غير رضا
خصمه فكذلك التوكيل بهما من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولا يبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن
التوكيل حوالة وهي لا تجوز إلا برضا المحال عليه فكذلك التوكيل وهذا لأن الخصومة تختلف والجواب
مستحق عليه فصار نظراً لحوالة ألا ترى أنه لا يוכל إلا من هو الأول وأشد أنكاراً ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا
يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما إذا كان به عذر من الأعذار التي ذكرناها لأن الجواب غير مستحق
عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه إسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله إنى أريد أن أسافر لكن القاضي
ينظر في حاله وفي عذته فانه لا تخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من أصحابنا اختاروا المفتوى أن القاضي إذا
علم من الخصم التعتت في الإباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير
رضاه وإن علم من الموكل قصد الأضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه وهو اختيار شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله ومن الأعذار الحيز من المديعي عليه إذا كان الحكم في المسجد والحبس إذا كان من
غير القاضي الذي ترفعوا إليه قال رحمه الله (وبإيقاظها واستيفائها لا في (أ) أي يجوز التوكيل
بإيقاظ جميع الحقوق والاستيناء لما ينال بالاستيناء الحدود والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن
المجلس لأنها تسقط بالشبهات فلا يستوفى بما يقو مقام الغير فيها من نوع شبهة على ما بين وقال
الشافعي رحمه الله يستوفى القصاص في حال غيبة الموكل لأنه حق العبد ولأنه عفو فبفسق بالشبهات
وشبهة العفو بانه في حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد غاب هو الظاهر إذا عفو مندوب إليه
قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما إذا كان الموكل حاضر لأنه لا يتمكن فيه شبهة العفو
وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلة عدايته في الاستيفاء أولاً ولأن قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة
الشهود لأن رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل بالثبت القصاص وحده القذف والسرقة بأقامة
البينة فإذا قامت وثبت الحق فلموكل استيفاءه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل بالثبات أيضاً كما لا يجوز
باستيفائها وقول محمد مضطرب ولا يظهر أنه مع أبي حنيفة رحمه الله إلا أنه يجوز من غير عذر ولا رضا
الخصم وعند أبي حنيفة لا يجوز إلا بأحدهما وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل وأما حال حضرته
فهو جائز إجماعاً لأن كل كلام يوجد من الوكيل ينقل إلى الموكل أنا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما
عرف في موضعه لأبي يوسف رحمه الله أن الوكيل بمنزلة البديل عن الأصل ولا مدخل للإبدال في هذا
الباب ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي ولا شهادة النساء ولا من
الأخرس لأن إشارته بدل عن العبارة ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء فإذا لم يصح به لا يصح بالاثبات

يرزوج له مسألة جازوان كان
المدعى لا يملك التزوج بـ
لنفسه اه (قوله وبخلاف
رسالة بالاستقراض إن
يقول أرسلني فلان أيسك
يستقرض منك كذا
الوكيل من مباشر العند
والرسول من يبلغ البشارة
ولسعة أمانة في أيديهم اه
بذبح (قوله ولأن الحاجة
ماسة إلى تجويزها) أي إلى
تجويز التوكيل بالخصومة
اه (قوله قمها) بضم القاف
وفتح الحاء اه والقحمة
السدة والورطة ومنه
حديث على رضي الله عنه
في الخصومة وإن لها قمها
وفتح القاف خطأ كذا في
المغرب اه وقال ابن لاثير
ومنه حديث على رضي الله
عنه أن الخصومة قمها هي
الأمور العظيمة الشاقة
واحدتها قممة اه وفي
المصباح والقحمة بالضم
الامر الشاق لا يركبه أحد
والجمع قم مثل غرفة
وغرف اه

(أ) وقع هنا في نسخ المتن
التي بأيدينا والنسخة التي
شرح عليها العيني زيادة
(إن غاب الموكل) وليست
هذه الجملة في نسخ الشرح
التي بأيدينا اه مصححه

أيضا وإلها أن التوكيل تناول ما ليس بمحدد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد إلى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لأن وجوب الحد مضاف إلى الجنابة وظهوره مضاف إلى الشهادة والخصومة شرط محض لأثرها في الوجوب ولا في الظهور وإذا الحكم لا يضاف إلى الشرط ويمكن التدارك إذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها ثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة التسامع الرجال غير أن أقرار الوكيل لا يقبل عليه استحصانا لأن فيه شبهة عدم الأمر به والتوكيل بإثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لأنه لا حق لاحد فيه وانما انتقام البينة على وجه الحسبة فإذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن أقرار تتعلق بالوكيل أن لم يكن مجبورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي تتعلق بالموكل لأن الحقوق تتبع الحكم وليست بأصل والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخوانه ولنا أن الوكيل أصل في العقد لأن العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف وأفعاله غير أن الموكل لما استأنبه في تحصيل الحكم جعلناه نائباً في حق الحكم للضرورة كيلا يطل مقصوده ورأينا الأصل في حق الحقوق إذا لزم ضرورة في حقها والدليل على أنه أصل في العقد استغناؤه عن اضافته إلى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخوانه حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يتعد إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لزم ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ماباع أو رجوعه هو بالثمن على بانه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل إليه فيكون بينهما مبادلة حكيم فلنا أن نمنع الصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يهب أو يسطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الخ وكذا إذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فإذا كان أصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لأنه أجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل أن لم يكن مجبورا إشارة إلى أن لعبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة أن كان وكيلا في البيع بثمن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وإن كان وكيلا بالشراء فإن كان بثمن مؤجل إذ تلزمه العهدة قياسا واستحصانا بل تكون العهدة على الأمر حتى يطالب البائع الأمر بالثمن دون المباشر لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد فيه وانما يلزم ما لا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وإن كان بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحصان تلزمه لأن ما يلزمه ضمان ثمن لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشتري وهناك الملك المشتري من حيث الحكم فإنه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلا لأنه لا يملك المشتري لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الإيضاح إذا أمره أن يشتري له بالنقد فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه

(قوله وكلام أبي حنيفة فيه)
 أي في هذا الفصل الثاني
 اه (قوله أظهر) أي من
 كلامه في الفصل الأول اه
 (قوله فإذا أضافه إليه كان
 أصيلا فيه فيقع له فيما
 لا ضرورة) أما إذا أضاف
 العقد إلى الموكل فقد حكى
 العمادى في الفصل السابع
 والعشرين فيه خلافا وحكى
 ابن فرشنا الاتفاق على أنها
 تتعلق بالموكل وعزاه
 للفصول وفيه ما فيه اه

(قوله لكن التوكيل

بالاستقراض باطل) قال

فاضيخان رحمه الله وان

وكل بالاستقراض ان اضاف

الوكيل الاستقراض

الى الموكل فقال ان فلانا

يستقرض منك كذا أو قال

أقرض فلانا كذا كان

القرض للموكل وان لم يصف

الاستقراض للموكل يكون

القرض للوكيل اه وكتب

مانصه قال فاضيخان رحمه

الله ولا تصح الوكالة بالمباحات

كالاختطاب والاحتشاش

والاستفتاء واستخراج

الجواهر من المعادن فما

أصاب الوكيل شيئا من ذلك

فهو له وكذا التوكيل

بالتسكدي اه وكتب مانصه

قال في القنية في باب مسائل

متفرقة من كتاب الوكالة

التوكيل بالاستقراض

لا يصح والتوكيل بقبض

القرض يصح بان يقول لرجل

أقرضني ثم يوكل رجلا

بقبضه صح اه قال فاضيخان

في فتاواه ولو وقعت المنازعة

بين الوكيل بالاستقراض

وبين موكله فقال الوكيل

قبضت المال من المقرض

ودفعت الى الموكل وانكر

الموكل لا يقبل قول الوكيل

لان الوكيل يريد بهذا الزام

المال على الموكل فلا يقبل

قوله في ايحجب المال على

الموكل اه (قوله وتطير

التوكيل بالشحانة) قال في

المجمع في باب اذال المجعة

والشحانة الملع في مسئلته وعوام العرافين يقولون شحان بالناو ويخطون فيه اه

وكان القياس أن لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم ثم فيصير بمنزلة الكفالة وانما يجوز تناه استحقاقا لانه وان لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذي أمر به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالمبيع فيخرج من أن يكون متبرعا ولو أمره بالشراء فاشترى كما أمره كان ما اشتراه له دون الأمر لان الثمن اذا كان نسبة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالترام الذين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة أيضا الى أن المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه الترام العهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتعلق بالموكل كحاشي الرسول والقاضي وأمينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فتلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه وان يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان أصيلا فيه فاستفاء الزم لما ذكرنا لا يدل على استفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من أهل العبارة فتعتبر عبارة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أي حنفية فان أسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال رحمه الله (وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أي في كل عقد يضيفه الى الموكل حقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصل والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمه فكان النكاح اسقاطا للحرمه نظر الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتلذذ من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمه تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن أضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فإذا أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المثل فيه خلق مباحا وقابل للتملك بطريق الاصله وذلك الحكم محكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فإذا أن يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير أصل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والاداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلا في محلا مملوكا لغيره فلا يجعل أصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتزم لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدفع المقرض في ذمته فيصير نظيره ما لو قال بع شيئا من مالك على أن يكون عوضه لي وتطير التوكيل بالشحانة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يذمه من الأمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون له عوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل أجني عن الحل فلا يمكن أن يكون أصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن أجني ابل أصيلا فيه قال رحمه الله (وللمشتري منع الموكل عن الثمن) يعني اذا وكل رجلا لبيع شيء فباعه ثم ان الموكل طالب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل أجني عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله (وان دفع اليه) أي الى الموكل (صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه فلا فائدة في

باب الوكالة بالبيع والشراء

(قوله باب الوكالة بالبيع والشراء) كذا ترجم في الهداية وقال عقبه فصل في الشراء قال الاتقاني رحمه الله قدم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع (٣٥٨) والشراء ومسايس الحاجة إلى الوكالة ذلك ثم قدم فصل الشراء لان الشراء مثبت لما

هو الأصل في عقد البيع وهو المبيع والبيع من يبله والنبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اه (قوله كالوكالة بشراء فرس أو حمار) قال الاتقاني نقلاً عن الأصل لمجد وإذا قال له اشترى حماراً ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشترى بغلاً فان اشترى له شيئاً لا يتغابن الناس في مثله لم يلزم الأمر ولزم المشتري وإذا أمره أن يشتري له ثوباً فان ذلك لا يلزم الأمر وان سمي الثمن فان ذلك أيضاً لا يجوز من قبل أبا الثياب مختلفة فان قال اشتر ثوباً هروياً ولم يسم الثمن فهو جائز اذا اشتراه بما يشتري مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس في مثله وكذلك كل جنس سماء من الثياب فان سمي له ثمناً زاد على ذلك الثمن لم يلزم الأمر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الأمر فان رصفه صفة وسمي له ثمناً فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الأمر اه (قوله وقال بشر لا تجوز) أي وهو القياس اه قال الاتقاني وقال بشر المريسي تمنع وان كانت

ترعه منه ثم رده عليه وبرت خدمة المشتري لوصول الثمن إلى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن إلى اليتيم حيث لا تبراؤته بل يجب عليه أن يدفع الثمن إلى الوصي نائباً لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلاً فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون الدفع اليه تضييعاً فلا يعتد به وأما الموكل في مسئلتنا فتصرف في ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبراً وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صار ف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض قبل الاقتراف فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليه ما دين تقع المقاصة بين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجود حقيقة أو حكم بأضافة العقد إلى الدين وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بين الوكيل وهو مبنى على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فمندهما يجوز ابراءه فكذا تقع المقاصة بينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء أن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليه ما دين كانت المقاصة بين الموكل أولى عندهما كالأبراء معا فانه يبرأ بأبراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول أبي يوسف استحسان ووجهه أن الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وبراءه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كالأقبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر وهذا يصير ضامناً ووجه قولهما أن الأبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى ان الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالأبراء متمنعاً عن القبض مسقطاً حق نفسه فيصير منه الا انه يقبضه يتعين ملك الأمر في المقوض وإذا استدل عليه هذا الباب بأبراءه صار ضامناً بمنزلة الراهن اذا أعتق المرهون ينفذ عتاقه ما دونه ملكه ويضمن للرهن لان سد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما لا عام من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والأفلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم بين كالوكالة بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كالوكالة بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروياً أو مروياً أو نحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا تجوز والجهة عليه ما روى انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم من حرام شراء شاة لا ضخمة ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكل حتى لو أن عامياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للولاء لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كالوكالة بشراء عبداً أو جارية ان بين

يسيرة لانها تمنع الامتثال اه ويقول بشر قال الشافعي في وجهه وأحمد في رواية لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر الثمن بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان المعقود عليه اه كي (قوله وكل حكيم من حرام شراء شاة لا ضخمة) وجعل جهالة النوع عفواً ولان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة إلى ما يليق بحال الموكل اه اتقاني (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقاني نقلاً عن قاضيهان في شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كالوكالة بشراء عبداً أو جارية ان بين

الثلث أو الصفة بأن قال تركيا أو هنديا أو روميا صحت الوكالة وإن لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لأن اختلاف العبيد والحواري أكثر من اختلاف سائر الأنواع وعادة الناس في ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذلك الدار ملحقه بالجنس من وجهه لأنها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وإن لم يبين ألحقت بجهالة (٢٥٩) الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا

لا يجوز بدون بيان المحلة لأنها تختلف باختلاف المحلة وبما سمي من الثمن وكذا لو قال اشترى حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لأن الحنطة تتناول القليل والكثير فمال يبين المقدار أو الثمن (١) اهـ ر قوله وخرجوا) خرج صدره ضاق حرجا من باب ابس اهـ مغرب (قوله في الثمن وبشراء عبد أودار) قال محمد بن الحسن في الأصل وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له جارية أو عبدا فان هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والحواري مختلفون فان وكله أن يشتري له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو مميا جناسا من الاجناس فان ذلك جائز أيضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اهـ غاية ثم قال في الأصل وإذا وكله أن يشتري له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم الا أنه لا يجوز عليه وقالوا في شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشتري جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتري لنفسه والوكالة باطلة وإن سمي عن الدار وبين جنس

الثلث أو النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو نحو ذلك جازت الوكالة وإن لم يبين واحدا منهم ما لم تجز لأنه بيان الثمن يعلم من أي نوع يريد وبيان النوع يعلم عنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما إذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وإن بين الثمن لأنه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة قال رحمه الله (أمره بشراء ثوب هرري أو قمر من أو بغل صح سمي ثمنا أولا) لأنه لم يبق الجهالة بعد إعلام الجنس الا في الصفة وهي متصلة في الوكالة لأن الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن يتطرق في حاله إذا اختلف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لعمدة الوكالة لأنه يبين جنس الثمن بصير معلوما عادة فصار كالموكل وبشراء ثوب هرري على أي صفة كان ولا يلزم شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وخرجوا والخارج مدفوع قال رحمه الله (وبشراء عبدا أودار جازان سمي ثمنا أولا) لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فإذا بين عنه علم من أي نوع مقصوده لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك جازت الوكالة وإن لم يبين عنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لأنه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني آدم ولهذا جعل رؤية الوجه من بني آدم كروية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه يجمع المحاسن وباعتباره هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا إذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لأنه انما جازت الوكالة به إذا بين عنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه أولى أن تجوز قال رحمه الله (وبشراء ثوب أو دابة أو ثوبا سمي ثمنا) يعني لو وكله بشراء دابة أو ثوب لا يصح التوكيل وإن بين عنه لأن هذه جهالة في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لأن ما من نوع يشتريه الوكيل من أنواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل أن يقول اني عنيت بغيره والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فخلص لناس من جميع ما ذكرنا أن الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وإن كانت في النوع تجوز مطلقا وإن كانت ما بينهما بان كانت أنواعا فان ذكر الثمن أو النوع جازت والتحق بالثاني وإن لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته أنواع متغيرة والنوع اسم لا يدخل تحت اسم فوجه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار مادونه هذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وإن كان فيه دلالة على العموم بأن قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة لأنه فوض الامر الى رأيه فأى شيء اشتراه يكون ممثلا وكذا لو قال اشترى بالف ثوبا أو دواب أو أشياء أو ماشئت أو ما رأيت أو أدنى شيء حضر أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشترى بالف أو ببع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البائع قابض الا أنه لا يحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشترى بهو لم يزد عليه فانه يصح استحسانا لأنه تفويض عام فكانت له قال اشترى ما بذاك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال أدنى شيء أن تشتري به

الدابة والثوب جاز اهـ غاية (قوله في الثمن جازان سمي ثمنا أولا) أي وإن لم يسم الثمن لا يجوز وهذا اذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما إذا بين فحينئذ يجوز كما يصريح به الشارح رحمه الله تعالى اهـ (قوله بأن قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة) أي جازت مع الجهالة كالْبضاعة والمضاربة اهـ اتقاني

(قوله في المتن وبشرط طعام الخ) قال في الهداية ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشترى بها طعاما فهو على الخنطة ودقيقها اه (قوله وجه الاستحسان الخ) قال الاتقاني وجه الاستحسان ان الطعام في عرفهم يتناول الخنطة ودقيقها اذا ذكروا بالشراء ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الخنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ازل القياس به لان العرف أقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالناتج بالنص اه (قوله وقيل) هذا قول الفقيه أبي جعفر الهندواني اه غايه (قوله لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه) ولهذا قالوا اذا سلمه الى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لانه خرج من الوكالة وانقطع حقه كذلك هكذا قال محمد بن الحسن في الجامع الكبير الوكيل (٣٦٠) بالشراء اذا اشترى جارية ودفعها الى الامرئ ثم علم بعيب فانه لا يردّها الا برضا الامر

فان لم يدفعها الى الامرئ فله أن يردّها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الامرئ بردّها صح رضاه وبراءة في حقه دون الامرئ حتى كان لا امرئ أن يأخذ الجارية مع العيب وان شامركها على المأمور وضمنه الثمن قالوا في شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجة لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على أبي يوسف في مسئلة الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشتري عن الثمن فلو لم يكن الا براء عن الثمن صح حاتم في حق الامرئ يصح الا براء عن العيب ههنا أيضا اه غايه (قوله واختلف المشايخ) قال الاتقاني ومنهم أي المشايخ من قال لا بصل صح الا براء عن العيب عند الكل قبل القبض وبعده وفسر قوالا أبي يوسف (١) (قوله فعلمتهم صحوا براءة) أي براءة عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله

لمأينا قال رحمه الله) وبشرط طعام يقع على البرودقيقه أي لو وكرهه بشرط طعام ينصرف الى الخنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشتريه غيرهما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقرونا بالبيع أو الشراء يراد به البرعادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكلا فبقي على حقيقته فيبحث بأكل أي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري أولا يبيع طعاما لا يبحث الا بالبر لا ذكرا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البروان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرئين فعلى المقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان غده وليمة يتخذها هو جازله أن يشتري الخبز له لان حاله يدل على أنه ما يشتريه للاذخار وهو المرجح بجانب الخنطة اذا لم يشتريه الا لغيره وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر لا لاذخاره وفي الكثرة عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعني المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشترى طعاما لم يجز على الامرئ لانه وكله أن يشتريه مكبلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامرئ باسمي له قال رحمه الله (ولو وكيل الرب بالعيب مادام المبيع في يده) يعني من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستدبته قال رحمه الله (ولو سلمه الى الامرئ لا يردّها الا ببراءة) لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه أصيل في حق الحقوق نائب في حق الحكم على أصح الاقوال فكان له جانبان بجانب النيابة يمنع الرد وجانب الاصل لا يمنع فعملنا بجانب الاصل قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضى الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرقنا ذكرنا أنه أصيل في الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الا براء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف المشايخ على قول أبي يوسف رحمه الله فعلمتهم صحوا براءة وفسر قوا بين هذا وبين الا براء عن الثمن بان الا براء عن الثمن محتمل أن يكون مضرا به لاحتمال أن يكون المشتري أملا من الوكيل فاذا برئ يبق دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيضرب به بخلاف الا براء عن العيب لان الموكل فيه على خياره ان شاء رضى بالعيب وأخذ منه وان شاء رده على الوكيل اذا يلزم الموكل ببراءته ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة محكمة كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله (وجبس المبيع بثمن دفعه من ماله)

وفر قوا بين هذا أي بين ابراء الوكيل بالشراء عن العيب اه (قوله وبين ابراء الوكيل بالبيع أي عن الثمن اه (قوله وان شاء رده على الوكيل) فان لم يختر الا امرئ شيئا حتى هلكت في يد المأمور فانها تهلك من مال الامرئ لانه كبد المالك في حق الملك ولم يحدث منعا ويرجع الامرئ الى المأمور بنقصان العيب لان الامرئ يشتري منه حكما وقد وجد بها عيبا وعجز عن ردها بموتها في يده حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعوزت في يد الوكيل يرجع الموكل عليه بنبذ ان العيب لان الاعور اريعيب حدث في يده الامرئ حكما اه غايه (قوله ولهذا يجبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن الخ) واذا وجد الموكل به عيبا يردّه عليه واذا اختلفا في الثمن فخالفا اه

(١) قول المحشي وفسر قوالا أبي يوسف هكذا في الاصل لم يكتب بعد هذا شيئا ولعلها كتبت في الشارح من الفرق اه صححه

(قوله ولهذا وجد الموكل به عيبارده عليه) أي وله أن يرجع بنقصان العيب إذا هلك عند الموكل اه غايه (قوله ولو اختلفا في الثمن
فحالنا) والتحالف من خواص المبادلة اه غايه (قوله لانه لو يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه) قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد في
شي من الكتب أن الوكيل إذا لم يتقدّم الثمن وسامحه البتة وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن المبيع الى أن يستوفي الثمن ثم قال حكى
عن الشيخ الامام شمس الاثمة الحلواني أن له ذلك لان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما تقبل لاجل بيع حكى انفع بين الوكيل والموكل
وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبضه فقلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفي عليه هذا وقد صرح محمد في الاصل في باب
الوكالة في الشراء فقال وإذا وكل الرجل رجلا أن يشتري له عبدا بألف درهم بعينه فاشترى الوكيل وقبضه وطلب الامر أخذ العبد من
الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فلو وكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفي الثمن في قول أبي حنيفة وإن كان الوكيل نقدا الثمن أو لم يتقدّم فهو سواء
الى هالفظه في الاصل وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء إذا اشتري (٣٦١) بالنسيئة قل عليه الثمن بعونه لا يحل على

الامر ونقله عن باب الوكالة
بالشراء من وكالة الكافي
اه اتقاي (قوله ويكون
قبضه قبض الموكل)
واذا سلمه حقيقة سقط حق
الحبس فكذلك اذا سلمه حكما
ولان الوكيل أمين ألا ترى
انه لا يضمن بالهلاك عنده
كالودع فليس للأمين حق
الحبس بعد طلب الودع
اه غايه (قوله في ائتمن فلو
هلك في يده قل حبسه هلك
من مال الموكل ولم يسقط
الثمن) وذلك لان المبيع
أمانة في يد الوكيل لانه قبضه
للوكل وليس على الأمين شيء
ما لم يحدث منعا فلا يضمنه
كما اذا هلك الوديعه في يد
الودع اه اتقاي (قوله
أوتين به أنه قبضه لنفسه)
أي قبضه لنفسه لا للوكيل
واذا وقع القبض للوكيل لم
يوجد التسليم منه الى

أي الوكيل بالشراء إذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذي دفعه للبائع من
ماله لانه إذا كان من ان المبادلة الحكيمة قد برت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه ولهذا
وجد الموكل به عيبارده عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفوا سلامة المبيع له من جهة الوكيل ويرجع عليه
بثمنه ولان توكيله يأمنه علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فمار كالأذن
صريحاً فيرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتزله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع
اتفاقاً لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبس عنه وهذا لا يلائم منزلة المشتري منه أخذ حكمه والمشتري
لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كالأذن كان بائعاً حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل
نقد الثمن عنه بل لاجل انه بائع له حكاه هذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن أو لم يقدر وقال زفر رجه
الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض
الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع أمانة في يده وليس للأمين حبس الامانة بدين له على
صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد بشاره الوكيل بدل استتوجه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه
به كالأذن بعهاده حقيقة وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكيمة ولهذا رده الموكل على الوكيل بهيب ويجرى
اتحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وهذا من خصائص البيع فكذلك هذا الحكم ولان سلم أن قبضه
قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لاجل حق نفسه ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيبتين
في الآخره بحسبه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم
عليه بشي ولان هذا القبض لا يمكن التمرز عنه اذا لا يقدر على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضاً وما
لا يمكن التمرز عنه يكون عفواً فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله
(فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل في القبض عامل للموكل فيصير
قابضاً بقبض الوكيل حكاه في المانع منه لا يكون مسترداً له فاداهلك هلك من مال الامر فكان له أن يرجع
عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مسترداً بالحبس أو تين به أنه قبضه لنفسه قال رحمه الله
(وان هلك بعد حبسه فهو كالبيع) يعني يهلك بالثمن وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال زفر
رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له أن يحبس عنه فبالحبس يكون متعدياً كالودع

الموكل اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد) قال الاتقاي قوله فان حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان
المبيع عند محمد هذا اللفظ القدوري في مختصره ولم يذكر قول أبي حنيفة فيه كما لم يذكر في المختلف والمختصر وغير ذلك وقال الشيخ أبو نصر
البغدادي ذكر في الجامع الصغير قول أبي حنيفة مثل قول محمد اه (قوله لانه ليس له أن يحبس عنه) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن لدين والمبيع في يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو أكثر والمغصوب وهو
مضمون بالمثل ان كان مثلياً وبالقيمة ان كان قيمياً بالغة ما بلغت والمشتري اذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو
يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن كل رهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالبيع
يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لان من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصباً ولنا أن الوكيل كالبائع من
الموكل لان الموكل انتقل الملك اليه من جهته ثم الوكيل قد عين حق الموكل في المشتري حيث اشتراه فوجب على الموكل أيضاً أن يعين حق

الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بقي فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط وإلا رجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فإذا هلك سقط كل الثمن لأن الوكيل كالبائع وجه قول أبي يوسف أنه ليس يأت حق حقيقة إلا أنه يحبس المشتري بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لأن الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله ثم قال ثمة (٢٦٢) الخلاف تطهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلاً وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف

يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتطهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا تفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلاً لأنه يسقط به لالة المبيع ولا يجب شيء أصلاً اهـ وقال الكاكي رحمه الله وتطهر ثمة الخلاف فيما إذا كانت قيمته عشرة مثلاً والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضاً لو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اهـ (قوله بعد أن لم يكن مضموناً) يعني لم يكن مضموناً في الابتداء كما قال زفر وانما صار مضموناً بالحبس اهـ (قوله قلنا الخ) فيه نظر لقوله تعالى ان المبدلة الحكمة الواقعة بينهما معتبرة

منع الوديعة عن صاحبها وقال أبو يوسف رحمه الله هو كالرهن فيكون مضموناً بالاقبل من قيمته ومن الدين لأنه صار مضموناً بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضموناً به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فإنه مضمون بنسب العقد حبسه البائع أولم يحبسه بحقه أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوساً به وأن أصل العقد لا ينسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف المبيع فإن المبيع فيه يكون محبوساً من أول ما يوجد وينسخ البيع بهلاكه ولهما أن بينهما مبادلة حكيمية بدليل ما ذكرنا من الأحكام فيكون معتبراً بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم أن العقد لا ينسخ بل ينسخ بينهما وان لم ينسخ في حق البائع وكذا الورضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينسخ العقد بينهما وان لم ينسخ في حق البائع والدليل على أنه ليس كالرهن أنه ثبت في المصنف الشائع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فإن قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان المبيع بعقد واحد فاشترط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فإنه يملكه بعقد جديد فاشترط في العقد الاول لا يكون مشروطاً في الثاني قال رحمه الله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لأن المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا تعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لأن قبضه وتسليمه صحيح وان لم توجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد فإذا قبض الوكيل تم العقد وجود شرطه وان فارقته قبل القبض بطل لفقد شرطه وان فارقته الموكل قبل القبض لا يبطل لأنه ليس بعاقبة بخلاف الرسول فيه ما لأن الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائباً عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضراً في مجلس العقد يصير كأن الموكل صار بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فإن الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أولم يحضر ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبية الموكل لا تنصرف وعزاه الى وكالة الميسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلاً ولو كان حاضراً وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم إشارة الى أن التوكيل فيها جائز وانما جاز لأنه عقد يملكه الموكل بخلاف أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف مجرى على اطلاقه فإنه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فأنما يجوز بدفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لأن الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال عنه ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقداً لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال يملكه له واذا سلمه الى الآخر على وجه التملك منه كان قرضاً قال رحمه الله (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلاً بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول أبي

بالحقيقة فلا يستقيم اذا أن يقال انهما يملكانه بعقد واحد ويتم به الفرق اهـ تأمل (قوله وهذا مشكل فان الوكيل يوسف أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب اهـ ع (قوله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) وهذا لان محمد قال في الاصل في آخر باب الوكالة في الشراء واذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآخر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأبود عشرة أرطال بنصف درهم الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

وسلم وكل عروة البارقي يشتري له أفعية واشتري شاتين فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولأنه أمر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم على ظن أن سعر اللحم عشرة بدرهم فإذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الأمر اه اتقاني (قوله لأنه خالفه إلى شر) لأن الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول اه (قوله فينفذ الزائد عليه والعشرة على الأمر) ولا يلزم علينا (٣٧٣) الزيادة القليلة كمشرة أو رطل ونصف

رطل حيث يلزم الجميع الأمر لأنها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة اه اتقاني (قوله وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري الخ) ذكر في التهمة وقال إذا أمره أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل منهما يساوي عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع في واحد منهما لأنني لأدري أيهما أعطيه بحصنه من العشرة لأن القيمة لا تعرف إلا بالحزب والظن ونقله عن المتقي اه اتقاني وكتب أيضا قوله وبخلاف جواب اشكال علي أبي حنيفة اه (قوله لأن ثمن كل واحد منهما مجهول) الفرض أن صورة المسئلة فيما إذا كان يساوي كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اه قارئي الهداية (قوله في المتن ولو وكله بشراشي بعينه لا يشتريه لنفسه) وهذا إذا لم يعين الثمن أما إذا عين خالف فسيأتي اه (قوله معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه) وذلك لان اختلاف حكمهما على ما بين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جازله أن يتزوج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا لما ضافته إلى نفسه فأنعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إذا لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا لذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما ذكر من قريب ان شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للموكل) لأنه خالف أمره فينفذ عليه فيعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للموكل الأول لما قلنا وان اشتراه بحضرة تفد على الموكل الأول لأنه حاضر مرأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

يوسف رحمه الله أن هذا خلاف إلى خير لأن المأمور به صرف الدرهم في عشرة أرطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما إذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألفين بخلاف ما لو اشتري ما يساوي عشرة أرطال منه درهم ما بدرهم حيث يصير مشتريا بنفسه بالإجماع لأنه خالفه إلى شر لأن الأمر تناول ما يساوي عشرة أرطال منه درهم ما بدرهم وجه الأول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الأمر بخلاف ما استشهد به لأن الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما إذا وكله أن يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما مالان ثمن كل واحد منهما ما مجهول إذا لا يعرف إلا بالحزر وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسألة اللحم فإنه موزون مقدّر فينقسم الثمن على أجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة لأنه لا يكون موافقا لعمله عنده كما إذا أمره أن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شيء عنده وكذا الاختلاف الشهير وبمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لأن الاتفاق فيها شرط لا نأقول ذلك فيما إذا لم يجد نفقا على الوكيل وأما إذا وجد فينفذ وفي ضمنه ينفذ على الأمر وهذا لأن الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل إذا وجد نفقا والعشرة داخلية في العشرين فينفذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر في مسألة الطلاق والشهادة فإنها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله (ولو وكله بشراشي بعينه لا يشتريه لنفسه) معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لأن فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه) كان المشتري له لأن له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لأن فيه تقرير له بخلاف ما إذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولا أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولا فاشترى حيث لا يكون للأمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيها للأمر مع أنه وكيل بشراشي بعينه وإنما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما بين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما إذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جازله أن يتزوج بها لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لأن الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف إلى الموكل فكان مخالفا لما ضافته إلى نفسه فأنعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالضافة إلى أحد فكل شيء أتى به لا يكون مخالفا به إذا لا يعتبر في المطلقات إلا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أي صفة كانت فيكون موافقا لذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الأمر في جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما ذكر من قريب ان شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه كان للموكل الأول دون الثاني لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للموكل) لأنه خالف أمره فينفذ عليه فيعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للموكل الأول لما قلنا وان اشتراه بحضرة تفد على الموكل الأول لأنه حاضر مرأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولأنه إذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه إليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما إذا كان غائبا

لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه الخ) قال الاتقاني ولأنه لو صرح شراؤه لنفسه يلزم منه إخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لأنه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود فإذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اه (قوله في المتن فلو اشتراه الخ) قال في تمة الفتاوى الوكيل بشراشي بعينه ان اشتري لنفسه بنفسه لا يصح إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خيرا وإلى جنس غير الذي سمى الموكل وإذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اه غاية (قوله أو بخلاف ما سمى له من الثمن) كما إذا وكله

بأن يشتري بالقدرة ثم فاشترى بالقدرة اه ابن فرشتا (قوله وبخلاف الوكيل بالطلاق) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الاجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب (١) عبارته في أول وكالة العيون وفي مسائل شتى من النوازل وكذا الوكيل الوكيل رجل فطلق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب المتاوى (٣٦٤) الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برأيه فاذا كان

الوكيل الثاني فعل المأمور به بحضرة الوكيل الاول وجدرأى الاول وكذا اذا فعل أجنبي فأجاز الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تحقق فيما يحتاج فيه الى رأى كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا تحقق فيما لا يحتاج فيه الى رأى كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولاً لا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول فلم يقع نقلاً لكلام الموكل والموكل انما وكل بنقل كلامه فلا حصل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله أعلم اه اتقاني (قوله في المتزوان كان بغير عينة فالشراء الوكيل) قال في التهذيب ولو وكله بغير عينة انما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو بصرح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اه (قوله والمراد بقوله أو يشترى بماله أن يضيف

وبخلاف الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضر مرأيه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشئ بل يبلغ الرسالة فانما يتصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غير ممن غيرت وكيل منه فأجاز الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجوز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله (وان كان بغير عينة فالشراء الوكيل الا أن ينوى للموكل أو يشترى بماله) أي ان وكله بشراء بغير عينة فاشترى عبداً فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل أو يشترى بماله والمراد بقوله أو يشترى بماله أن يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه إما أن يضيف العقد الى ثمن معين أو الى مطلق من الثمن فان أضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر أنه يضيف الشراء الى مال من يشترى به وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له البيع اذا اشترى بالدرهم المغصوبة ودينه يمنعه من أن يشترى لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستكر شرعاً وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستكر شرعاً وعرفاً فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جرياً على مقتضى العرف والشرع ثم اذا تقدم مال الموكل فيما اشترى لنفسه يجب عليه الضمان وان أضافه الى ثمن مطلق فلا يخفى انما أن يكون حالاً أو مؤجلاً فان كان حالاً فلا يخفى انما أن يتصادق على وجود النية لاحدهما أو على عدمها أو يختلفان فيه فان كان حالاً وانفق على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت بعبارة اتفاقهما ما حجة عليهم ما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لانه ان يشتري لنفسه وللوكيل فاذا عينه بنيت فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصباً فيها اذا فوّاه بنفسه وان اختلفا في النية يحكم بالنقد بالاجماع لان دلالة على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعاً ويجرى على عوائده وان اتفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقدة لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كلاماً مأموراً بالحج اذا أطلق ولم ينو أنه للمجوج عنه وعند أبي يوسف يحكم بالنقد لان المطلق يحتمل التقييد بقى موقوفاً فمن أى المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار حاله النكاذب بخلاف المأمور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتأدى الا بالنية فكان مأموراً بأن ينوى الحج عن المجوج عنه فاذا لم يفعل كان محالاً وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير تركها محالاً فيبقى الحكم موقوفاً على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أولاً الاضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقدان تصادقاً على النية وان تكاذبا فيحكم بالنقد وان تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أبي يوسف

العقد اليه) لا يدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بغيره مطلقاً ثم نقد فان تقدم من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وان تقدم من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل اه غاية وأعلم أنه اذا أضاف الوكيل العقد الى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوى الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل كما يأتي ذلك صريحاً في كلام الشارح آخر هذه الصفحة في قوله فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك والله الموفق اه (قوله وان اختلفا في النية) فقال الموكل اشترى له وقال الوكيل اشترىته لنفسى اه

(١) قول المحشى لان المطلوب وقوله بعده عبارته هكذا في الاصل والكلام هنا منقطع فارجع الى التسميع الصحيحة اه معجمه

(قوله لان النقد فيه أثر افي تنفيذ العقد) حتى اذا لم يتقدّر رأس المال في المجلس بطل السلم اهـ (قوله معناه أمره بان يشتري له عبدا بألف مثلا فقال المأمور اشتريت لك عبدا) ظاهره يقتضي أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما إذا أمره بشراء عبد غير معين وعلى هذا فان جل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ما ذكره المصنف من المسائل التي لا خلاف فيها بين الامام وصاحبيه رضي الله تعالى عنهم وان جل كلام المصنف على ما اذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حي فيكون قوله فالقول للآخر رأى على قول أبي حنيفة أما عندهم ما فالقول للمأمور وأما قول المصنف وان كان دفع اليه الثمن الخ فما لا خلاف فيه على كل حال هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب اهـ وكتب أيضا قال في الهداية قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآخر اشتريته لنفسك فالقول قول الآخر قال الانتقائي (٣٦٥) أي قال محمد في بيوع الجامع الصغير

ومحمد في الشراء فيما اذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقدة وانما الخلاف في السلم لان النقد فيه اثر في تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن تقدم من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو الوكيل لان النقود تتبع في الوكالة فاذا اشترى بغير مؤجل لم يضاف العدة الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله (وان قال اشترى للامور وقال الامر لنفسك فالقول للامور وان كان دفع اليه الثمن فللأمور) معناه امره بان يشتري له عبدا بالثمن مثلا ثم قال الامر للمأمر اشترى لك عبدا وقال الامر اشترىته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للامور وهذه المسئلة على غاية اوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أو غير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للامور ارجاءا منقودا كان الثمن أو غير منقود لانه أخبر عن أمر عاك استثنائه والمخبر به في التحقيق والنبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة وكذبتة فان القول له وبهذا وقع التفصي عن الولي اذا أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا يملك انشاء شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الابشهود بخلاف الشراء فانه يقدر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للامور لانه أخبر عما يملك استثنائه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والا امر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للامور مع عينه لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشترىته لك وقال الامر لا بل اشترىته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للامور لانه مخبر عما يملك استثنائه وان لم يكن منقودا فالقول للامور عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للامور لانه أخبر عما يملك استثنائه فصح كأي المعين وعند أبي حنيفة القول للامور لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الامر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للامور تعاوكم من شيء يثبت ضمنا وتعاوان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد مينا لانه لا يملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن

والله أعلم اه (قوله حال حضرة الموكل) (٣٦٦) هكذا هو بضم الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما

تقدم عند قوله ولو وكله
بشرائعي بعينه أن الموكل
لو كان حاضرا وصرح الوكيل
بشراؤه لنفسه كان المشتري
له وهكذا هو في الهداية
وشرحها فتأمل اه (قوله
فحينئذ لا يأخذه) أي وإن
قال بعد ذلك أمرته لأن
اقرار المقر ارتد بدلا لمقره
فإذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك
لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى
الاقرار فلم يصح تصديقه
اه اتقاني (قوله فتكون
العهد عليه) يعني لما انعقد
بينهما بيع بالتعاطي كانت
العهد للآخذ على المشتري
كذا أفسر نفع الاسلام
البرزوي ونفع الدين قاضخان
وهو المفهوم من كلام محمد
رحمه الله اه غايه (قوله
فلا بد من أن يبقى من الألف
الخ) قال في الهداية قال ومن
له على آخر ألف وأمره أن
يشترى بها هذا العبد فاشتره
جاز قال الاتقاني أي قال
في الجامع الصغير وصورة
المسئلة فيه محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة في رجل كان
له على آخر ألف درهم فأمره
الذي له المال أن يشتري به
بها هذا العبد فاشتره قال
جائز فإن أمره أن يشتري به
بها عبدا بغير عينة فاشتره
فإذا قبضه إلا أمره فهو له وإن
مات في يد المشتري قبل أن
يقبضه إلا أمره مات من

حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فاصلها أن الثمن إن كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وإن
كان غير منقود ينظر فإن كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للأمر وإن كان يملك الانشاء
فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للأمر قال
رحمه الله (وإن قال يعني هذا فلان فباعه ثم أنكر الأمر أخذه فلان) أي رجل قال لا خير يعني هذا العبد
لفلان فاني اشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته فانه يأخذه لأن
قوله يعني فلان اقرار منه بأنه وكله فإذا أنكر الوكيل كاله بعده صار مناصفا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل
قال رحمه الله (الآن يقول لم أمر به) أي الآن يقول فلان المشتري له لم أمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل
يكون للمشتري لأن اقرار المشتري ارتد بدله والاقرار بما ارتد به لا ينفذ على المشتري لأن الشراء إذا وجد
نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (الآن يسلمه المشتري إليه) أي إلى فلان المشتري له
فيكون له بالتسليم لأن اقراره الأول قد ارتد به لا رد قوصار ملكا للمشتري فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشتري له
وأخذ ما انعقد بينهما يبيع جديدا بالمعاطة فتكون العدة عليه لأنه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشتري
لغيره شيئا بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري إلى المشتري له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع
يكفي لا انعقاد البيع بالتعاطي في التحسيس والنفيس وإن لم يوجد نقد الثمن للعرف ولو جود التراضي به
وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الآن تكون فجارة عن تراض قال رحمه الله (وإن أمره
بشراء عبيدين معينين ولا يسميها فاشترى له أحدهما صح) لأن التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدور فيجوز
أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري
بما لا يتغابن الناس فيه لأن الوكيل بالشراء ليس له أنه يشتري بغير فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل
بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجي من الفرق بينهما وهو بخلاف ما إذا قدر له منهما فان ذلك فيه خلاف
في بعض صورته على ما يجي وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولأنه قد يتعذر الجمع بينهما إلا بما لا يتغابن
الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله (وبشرائهما
بألف وقيمتهم سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالاكثر لا لأن يشتري الباقي بما بقي قبل
الخصوصية) أي ولو وكله بشراء العبيدين بألف وقيمتهم سواء فاشترى أحدهما بنصف الألف أو أقل جاز
الشراء وبأكثر من نصف الألف لم يجز يعني لم يلزم إلا أمره قلت الزيادة أو كثرت لأنه قابل الألف بالعبيدين
وقيمتهم سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمره بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة
بالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبأكثر منها لا يلزم الموكل إلا أن يشتري
الباقي بما بقي من الألف قبل أن يختصما استحصانا لأن غرضه المصريح به وهو تحصيل العبيدين بألف
قد حصل وما ثبت الانقسام الأدللة والصرح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله إن اشتري أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس
في مثله وقد بقي من الألف ما يشتري به العبد الباقي فهو جائز لأن التوكيل حصل مطلقا لا تقديرا
كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على التعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة بسيرة قدر ما يتغابن
الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبيدين بالألف فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشتري به الباقي
ليحصل غرضه قال رحمه الله (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي
لو كان له دين على شخص فوكل الدائر المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم
الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للأمر بل يتفد على المأمور حتى لو مات عند المأمور
مات من مال المأمور والألف عليه فان قبضه إلا أمره فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال هو لازم

مال المشتري والألف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لازم للأمر في الوجهين جميعا إذا قبضه المأمور للأمر
إلى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اه (قوله فان قبضه إلا أمره فهو له) قال الاتقاني فان دفعه إلى الأمر فهو له لأنه يقع البيع بينهما ابتداء

بسبيل التعاطي لانه دفعه على جهة التملك وبيع التعاطي جائز عندنا بما عزم من الاموال أو خس اه (قوله وأصله أن التوكيل الخ) قال الاتقاني والحاصل أنه إذا أمر غريمه أن يشتري له بـعـا عليه شيئاً فإن عين المبيع أو البائع جاز اه (قوله لهما الخ) قال الاتقاني لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافاً للزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقه الخلاف في كتاب الصرف فكما لا يتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ولهذا الخ اه (٣٦٧) (قوله على المشتري) المراد بالمشتري هـا الوكيل

وكان الاولى أن يقول على البائع كما قال الاتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيئاً بدين له على البائع ثم تصادق على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اه (قوله ثم هلك العين) هكذا بخط الشارح وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله ثم كسطة وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله مانعه أي لا مرأى أو الوكيل وإنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اه ما كتبه بخطه وقال في الهداية مانعه ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اه قال الاتقاني قال بعض الشارحين إنما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لأن بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكره في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو

لا أمر في الوجهين وعلى هذا إذا قال الدائن للدين أسلم الدين الذي لي عليك إلى فلان جاز وإن لم يعين فلان لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمر به بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع أو المبيع متعيناً وعندهما يصح كيفما كان لهما أن النقيض لا يتعينان في المعاوضات عيناً كالأوديناه ولهذا لو اشترى شيئاً بدراهم على المشتري ثم تصادق أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فإذا لم يتعين صار الالاق والتقييد به سواء كما في غير الدين حتى إذا وكله بأن يشتري له عبداً ولم يعين ألف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذلك إذا صار كالألف قال تصدق بمالي عليك من الدين على المساكين فإنه يجوز وكذا لو أجاز جماعة بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمزمنة من الأجرة أو أجراً بـتـه وأمر المستأجر أن يشتري بالأجرة عبداً يسوق الدابة وينفق على الدابة فصارت تطير مالو كان البائع أو المبيع متعيناً ولا يـ حـنـيـفـة رجه الله أن النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيد بها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين وأسقط الدين بطلت الوكالة فإذا تعينت فيها كان هذا تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز إلا إذا وكله بقبضه له ثم قبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلاً كما إذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمراً بصرف مال لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما إذا عين البائع لانه يصير وكيلاً عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعيينه فيصير البائع أو لا قابضاً له ثم يملكه وتعين المبيع تعييناً للبائع فكان به معلوماً وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولأن الفقير يتصحبنا بـعـا عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شيء علماً فيكون الفقير الذي يقبضه معلوماً فيصح وأما مسألة الحمام ونحوها فبطلت هو قولهما ولئن كان قول الكل فائداً جاز باعتبار الضرورة لأن المستأجر لا يجد الأجرة في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض وأما مسألة التصديق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع ديناً كانت أو عيناً فإذا لم يتعين لا يبطل البيع بطلان الدين إذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فإن النقود تتعين فيها وكلا منافيهما وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالأجـاع وكذا بعده عندنا عنهم لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء فتعتبر بالشراء وعزمنا إلى الزيادات والخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه الله والتعليل الصحيح له أن يقال إن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذلك التوكيل به وإنما جاز في المعين لكونه أمراً به بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلاً للدين بالتمليك وإن لم يكن معيناً لا يصح الأمر للمجهول فكان توكيلاً للدين بالتمليك في الإسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فإذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على الأمور حتى إذا هلك بعد القبض يهلك من ماله إلا إذا قبضه الأمر منه فحينئذ ينقصد البيع بينهما بالتعاطي فيكون الأمر قال رحمه الله (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة (بألف دفع إليه فاشترى فقال اشتريت بخمس مائة وقال الأمور بألف فالقول للأمور) يعني إذا كانت الأمانة تساوى ألقالته أمين ادعى الخروج عن عهدة الأمانة قال أمر يدعي عليه حق الرجوع بخمس مائة والأمور ينكر فكان القول

هلكت الدراهم المسئلة إلى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كان المصنف قيداً بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل إذا استهلك الوكيل الدراهم المسئلة إليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية فتبطل بالاستهلاك تبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم اه (قوله كما إذا قال أعط مالي عليك من شئت) أي وألقه في البحر بخلاف ما إذا قال أعط مالي عندك من العين من شئت أو ألقه في البحر كانا التوكيل صحياً لأن الموكل يملكه اه عاية (قوله وقبض حقه) هكذا هو بخط الشارح وعبارة البكافي وغيره في قبض حقه اه (قوله الأجرة) كنا بخط الشارح وعبارة غيره الأجر اه

(قوله وان كانت قيمتها ألفا)

قال الاتقاني وان كانت تساوي ألفا فالقول قول الأمر أيضا قالوا في شروح الجامع الصغير يتخالفان فيه وتلزم الجارية المشتري فانه أطلق في الكتاب في هذا الفصل وقال القول قول الأمر ولم يفصل بينهما اذا كانت قيمتها ألفا أو أقل وكان ينبغي أن يكون القول قول المأمور اذا كانت تساوي ألفا لانه اشتراها بألف فقد وافق الأمر (قوله وقيل لا يتخالفان) أي ويلزم العبد الأمر اه (قوله وقال قاضيان وهو أصح) قال الاتقاني رحمه الله ولم يذكر الامام فخر الدين قاضيان قول أي منصور وكأنه جعل قول أبي جعفر أصح اه وظاهره أن قاضيان لم يصرح بالتصحيح بخلاف ما ذكره الشارح والله أعلم اه ك (قوله وان لم يستوف فهو أجني عن الأمر فلا مدخل له) أي لانه لم يقع العقد بينهما فلا يصدق على الموكل فاذا لم يعتبر تصديق البائع بنى الخلاف بين البائع وهو الوكيل وبين المشتري وهو الموكل فوجب التحالف اه غايه (قوله لان الوكيل هو المتدعي) لانه بمنزلة البائع من الموكل اه (قوله ويجب على المشتري) أي في المسئلة الثانية وهي قوله وان قال اشترته اه (قوله أو على

قوله وان كانت تساوي خمسمائة لا تلزم الأمر لانه خالف أمره اذا الأمر تناول أمة تساوي ألفا فينفذ على المأمور ولان فيه غيبنا فاحشا فلا يلزم الأمر لان المأمور لا يملك أن يخالف الأمر ولا أن يشتري بغبن فاحش ولا فرق في ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرناه من مخالف قال رحمه الله (وان لم يدفع فلا أمر) أي ان لم يدفع الأمر إلى المأمور والمسئلة بحالها كان القول للأمر وتلزم الأمة المأمور وهذا قيمه اذا كانت قيمة الأمة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والعبد الفاحش وان كانت قيمتها ألفا فعنه أنهم ما يتخالفان لانهم اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكيمية على ما بينا من قبل ثم اختلفا في نسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لا تتقاض ملك الأمر بالفسخ قال رحمه الله (وبشرا هذا) أي وكله بشرا هذا العبد (ولم يسم غنا فقال المأمور اشترته بألف وصدقه البائع وقال الأمر بنصفه) وهو خمسمائة (تخالفا) لانهم اختلفا في مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصبر إلى التحالف كما في المسئلة الاولى وقيل لا يتخالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد في الحال وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وإلى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيان وهو أصح ومال أبو منصور إلى الاول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو أجني عنهما وان لم يستوف فهو أجني عن الأمر فلا مدخل له بينهما وقال في الهداية وهو أظهر وقال في الكافي هو الصحيح وقد نص محمد في الجامع الصغير أن القول للمأمور مع عينه قالوا ومراره التحالف لكنه اكتفى بذكر عيّن الوكيل لان الوكيل هو المدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف عيّن المدعي دون المنكر اذ ذلك لا بد منه والموكل بمنزلة المشتري وهو منكر ولو لا مراده التحالف لكان القول قول الأمر لكونه منكرا فكان يأخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكري عيّن المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمه الله الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يبدل على ما ذكرنا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فانه قوله ان القول للمأمور مع عينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفي التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه بألف وان اختلفا فيه فقال الأمر أمرتك أن تشتريه بخمسمائة وقال المأمور أمرتني بالشراء بألف فالقول قول الأمر مع عينه لان الأمر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان أقاما البينة بالبينة بينة الوكيل لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (وبشرا بنفس الأمر من سيده بألف ودفع فقال لسيد ما شترته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيد ما وان قال اشترته فالعبد للشترى والألف لسيد ما وعلى المشتري ألف مثله) أي لو وكل العبد رجلا بشرا بنفسه من سيده بألف والأمر هو العبد ودفع الألف إلى الوكيل فقال الوكيل لسيد ما وقت الشراء أنا اشترى عبدا لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيد ما وان قال الوكيل اشترته ولم يبين أنه يشتريه لنفسه العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والألف الذي أخذه من العبد ودفعه إلى المولى كان للمولى فيهما مجازا ويجب على المشتري أو على المعتق الألف وأصله أن يبيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق يبدل لان اعتباره ببيع حقيقة غير ممكن إما لان العبد ليس بأهل للآل أو لاستحالة أن يملك نفسه فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبّر عنه فلا ترجع الحقوق إليه واذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفسه العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه إلى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون

(المعتق) أي في المسئلة الاولى وهي قوله وبشرا بنفس الأمر من سيده الخ اه

له أو لوكله إذا كمل بيعه والوكيل أصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه إلى البيان وهنا أحدهما اعتبار معقب الولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيعه وأحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحد هما على الرضا بالأخر فلا بد من البيان فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري أو على العبد إذا عتق العتق لها ثمناً أو بدل العتق لأن الأداء قد بطل لاستحقاق المولى ما إذا به بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكاً له قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلاً عن ملكه ثم إذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لأنه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق إليه وإن بين أنه يشتري العبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لأن توكيله بشراء العبد كتوكيله بشراءه لغيره فيطالب بيده الوكيل والصحيح الأول لأن وكيل العبد في العتق سفير ومعبّر ولفظ البيع يكون مجازاً عن العتق لمعذرة اعتبار معنى البيع حقيقة وإلهذا لا يستغنى عن إضافته إلى العبد إلا أنه لا يتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الآخر كما إذا كان الأمر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل إلى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله (وإن قال لعبد اشتري نفسك من مولك فقال للمولى يعني نفسي لفلان ففعل فهو لآمر وإن لم يقل لفلان عتق) أي إذا قال رجل لعبد اشتري نفسك من مولك فقال العبد لمولاه يعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكاً لآمر وإن أطلق العبد بأن قال يعني ولم يقل لفلان عتق وأصله أن العبد يصير أن يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجني عن نفسه في حكم المالية إلا أن البائع لا يملك حس العبد حتى يستوفي البدل لأن العبد في بدنه نفسه فيكون قاضاً لنفسه بمجرّد العقد كالودع إذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرّد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره إذا ثبت هذا فنقول إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكاً للموكل وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال يعني نفسي لنفسي عتق لماذا كرنا ولا يقال إن العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب أن لا يجوز له شراء نفسه لأننا نقول أي يجنس آخر من التصرف لأن بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفاً فيه فذ عليه لأن الوكيل بشراء شيء معين يتفقد عليه عند المخالفة على ما ينشأ من قبل وإن أطلق بأن قال يعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق أيضاً لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه ولا يقال إن البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد إذا حمل على الحقيقة هو الأصل باتفاق العلماء لأننا نقول الأصل أن الإنسان يتصرف لنفسه فتعارض الأصلان فتساقط ويرجع إلى غرض المولى فإنه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الاعتاق إذا بيع العبد من نفسه مطلقاً اعتاق واقتضاه على إضافته إلى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه إلا إلى الحرية لثبوت الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الأمر أما إذا وقع الشراء قطاهراً وأما إذا وقع للآخر فلا أنه هو المباشر للعقد فترجع إليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع هو به على الأمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل إذا كان محجوراً عليه لا ترجع الحقوق إليه لأننا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترباً من المولى ثم إذا كان الشراء للآخر فلا بد من قبول العبد لأنه يبيع فلا يتعقد إلا بالإيجاب والقبول وإن وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد بعد قوله يعني نفسي لأنه اعتاق فيستتبه المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

(قوله لوجود القبض بمجرّد العقد) يشك عليه قوله في الفصول العمادية ولو كانت وديعة فباعه يحتاج إلى قبض جديد لأن غير المضمون لا ينوب عن المضمون اه
فصل في هذا الفصل بقده للبيع وذكره بعد فصل الشراء لأن رآه تستدعي سابقة الاثبات اه (قوله وذلك مثل قرابة الولاد) كآيه وجده وأمه وولده وإن سفل اه

فصل في قال رحمه الله (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترتب له) وذلك مثل قرابة الولاد

(قوله وعبيده) أي ومكاتبه ومذبره وأم ولده اه (قوله وقال يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) وتخصيص قولهما بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بالغبن اليسير واللام يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر في النسخة أنه يجوز بالغبن اليسير لان اليسير ملحق بالقيمة وسيأتي هنا عن النهاية مثل ذلك اه (قوله لان الاملاك متباينة) ألا ترى أن اللابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متبايناً لم يكن له ذلك لان وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيه فلما تبين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعاً وشراء كالعقد مع الاجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من البيع أصلاً فكان العقد صحيحاً بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليه لانه وما في يده ملك مولاه والبيع منه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسه لا يجوز فكذا اذا باع من عبده وكذلك اذا باع من مكاتبه لان الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما اذا باع من عبده الصغير لانه يبيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اه اتفاقاً وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيد في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه (٣٧٠) إشارة إلى أنه اذا كان عليه دين يجوز اه (قوله بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك

ملكه وله في مال مكاتبه وأحد الزوجين للآخر وعبيده وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده أو مكاتبه لان التوكيل مطلق ولاهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك ملكه وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون يباع من نفسه أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولا في حنيفة رحمه الله أن مواضع التهم مستتناة عن الوكالات وهذه مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار يباع من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجه آخر بخلاف المضارب لان المضارب كالتصرف لنفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نهيته عن التصرف بعد ما صار المال عروضا وأنه شريك في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على أنه عند بعضهم هو كالمالك يجوزوا فيه ما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا الشأن منع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل وأما اذا اطلق له بأن قال له الموكل بيع ممن شئت فبيعه يجوز بيعه لهم بمثل القيمة وذكر في النهاية أن الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته كان بائناً كثر من القيمة يجوز بلا خلاف وإن كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وإن كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وإن كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكيل كالة واليبيع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا أنه اذا كان بمثل القيمة يجوزها عند باقي الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احدهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والتسبئة) يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالعليل والكثير الخ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف وعبد الشافعي رحمه الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة أو الى أجل متعارف لان مطلق الوكيل يتقيد بالتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بالتوكيل

ملكه وله في مال مكاتبه (حق) قال الامام الاسي جابي في شرح الطحاوي ولا يجوز شراؤه الوكيل لنفسه ولا يبيعه منها وكذلك اذا أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو يشتري من نفسه لم يجوز أيضاً وكذلك اذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجوز كإبائه باع من نفسه ولو باع من نفسه لم يجوز وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه لم يجوز بالاجماع وإن باعه من أبويه وإن علوا أو باعه من أولاده وإن سفلاً أو باعه من زوجته أو الزوجة اذا باعته من زوجها أو باعه ممن لا تجوز شهادته لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز ولو أمر الوكيل بالبيع من هؤلاء

وأجاز له ما صنع فبيعه من هؤلاء مجاز بالاجماع إلا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو من عبده ولا دين عليه فإنه لا يجوز بها وكذلك حكم الوكيل بالشرا اذا اشترى من هؤلاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتفاقاً في فرع ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا والشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه وعن أحمد في رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعي اذا لم يحجب لعدم التهمة وقتنا لوجاز يؤدى الى التضاد في الاحكام فإنه يكون مستزداً ومستقصاً أيضاً ومخاصماً في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو قال له بيع من نفسك أو اشتر من نفسك لم يجوز أيضاً كذا في شرح الكافي اه من خط قارئ الهداية (قوله وتباين الاملاك الخ) أي قدر ذلك التباين لما يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر وجوده كعدمه اه كي (قوله يجوزوا) أي يجوز بيعهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج الى الفرق اه (قوله ولا يجوز الا بالدراهم) أي أو الدنانير اه وقال في الاسرار روى الحسن رواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن الناس في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كقولهما كذا في المختلف وشرح الاقطع اه اتفاقاً في فرع لو وكل رجلاً بعتق عبده غداً أو يبيعه غداً فعتقه أو باعه بعد غداً خلافاً لفرز كره الكرماني في مناسكه وقد نقلت عيانه قبيل باب الهدى فارجع اليه اه (قوله لان مطلق الوكيل يتقيد بالتعارف) قال في التهمة الوكيل بالبيع

المطلق اذا باع بثمن مؤجل قبل على قول أبي حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك الساعة بالزيادة عن ذلك فلا وعن أبي يوسف ان وكاه بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة وان وكاه بالبيع لحاجته الى الدفعة أو رضا الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال في التتمه وذكر في الباب الثاني من شرح يوسع الكافي أن الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسيئة عندنا خلافا للشافعي ثم قيل يجوز لبيع بالنسيئة على قول أبي حنيفة طالت المدة أو قصرت وعندهما لا يجوز إلا بأجل متعارف في تلك الساعة وهو المأخوذ اه اتقاني رحمه الله (قوله متعارف عند شقة الحاجة) واطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اه غاية وكتب أيضا على قوله متعارف ما نصه فالعرف مشترك اه كافي وكتب أيضا فان الناس يقولون هذا بيع رايح وذلك بيع خاسر وذلك بيع عدل فلو أن البيع بغبن ذاحش يكرن بيعا لم يصح اطلاق البيع عليه اه غاية (قوله ويستحق الكل بالشفعة) (٣٧١) قال في الكافي والبيع بغبن فاحش بيع من كل

وجه فاما من جزم المبيع
الار بقباله جزم من الثمن
ولهذا يستحق الكل بالشفعة
اه (قوله الوكيل بالشراء
الخ) قال الاتقاني وأما الوكيل
بالشراء انما يجوز له الشراء
بغبن فاحش على احدي
الروايتين عن أبي حنيفة
للتهمة لانه من الجائر أن
يشتره لنفسه ثم يارأى فيه
الخسران الخسره بالأمر
حتى لو انتفت التهمة بان
كان وكيلًا بشراء شيء بعينه
جارشراؤه على الأمر عند
أبي حنيفة أيضا لعدم التهمة
اه فقوله حتى لو انتفت
التهمة الخ مخالف لقول
الشارح بخلاف الوكيل
بشراء شيء بعينه اه (قوله
ولما رأى الصفقة خاسرة
نسبها اليه) نقل في التتمه
والفتاوى الصغرى عن باب

بها بمواقفها والمتعارف البيع بثمن المتسل وبالنقد وحالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس وبيع
ما يساوي ألفا عشرة الى مائة سنة غير متعارف فيتعبد بالتعاد ولهذا ينقيد التوكيل بشراء الأضحية
والفهم والجذب أيام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا
لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض
شراء من وجه ولم يملكه ولا بالهبة فلا يدخل تحت الأمر بالبيع ولا في حنيفة وجه الله ان التوكيل
بالبيع مطلق فيجوز على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من
غير تنقييد بنقد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي
ذلك كقوله بعه وافض به ديني أو للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شقة الحاجة الى الثمن والتضجر من
العرض فلم يخرج من أن يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف أن لا يبيع يحنث به ويستحق
الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملك الأب ولا الوصي لان
ولا يتما مقيدة بشرط النظر ولا تنظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له
ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء منهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها
اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله والمقايضة
بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم
احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء بعينه حيث لا يكون له أن يشتره
للكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالخالفه فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت
التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا تزوج به أكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال رحمه الله (ونقيد
شراؤه بمثل القيمة وزيادة بتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) أي تنقيد شراء الوكيل
بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لأبي حنيفة رحمه الله قلذ كراه
وفرق آخر أن أمره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر
اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر خملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة

الوكالة بالسلم أن تنقيد التوكيل بشراء الأضحية والجذب والفهم مروي عن أبي يوسف أما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق يعني لا ينقيد بزمان
الأضحية والصيف والشتاء وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة ولئن سلمنا أن التوكيل ينقيد فنقول انما ينقيد بدلالة الغرض
لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفهم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجذب دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف
حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل من يعتاد تربص الفهم كالحنادين وغيرهم أو تربص الجذب كالفقاعين وغيرهم لا ينقيد كذا
قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذلك الأضحية تنقيد أيام الحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه من عهدة
الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة اه غاية (قوله والمسائل) أراد بها مسائل شراء الفهم والجذب والأضحية اه (قوله والمقايضة بيع
من كل وجه شراء من كل وجه الخ) لان كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعا ومشتريا ويقترب أحدا الأمرين من الآخر يدخل حرف
الباء التي تعصب الايمان فعلى أيهما دخل الباء يجعل ذلك غنما ولا خرميعة فاذا كان بيع المقايضة يعام من كل وجه تناوله مطلق التوكيل
بالبيع اه غاية (قوله حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش) قال في شرح الانطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

لعموم الامراء غاية (قوله وفي النهاية جعل هذا القدر معقوا) وعليه مشى في الجمع فقال ويجوز لو كيل بالشراء العقد على القيمة وزيادة يتغابن في مثلها كنصف درهم في عشرة في العروض ودرهم في الحيوان ودرهمين في العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير اه (قوله وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي) قال في الهداية والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض (١) درهم وفي الحيوان درهم يارده وفي العقار درهم يارده لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف اه (قوله وليس بشئ هذا كله الخ) أي جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها اه وقوله هذا كله نقله الاتقاني عن الامام خواهر زاده ثم قال في آخره قال في يروع التهمة وبه يقتضى اه (قوله في المتن ولو وركله يبيع عبدا ببيع نصفه) أي أو برأ معلوما اه غاية (قوله فيجوز مطلقا بمجموعا ومتفرقا) (٣٧٣) سواء باع الباقي منه أو لم يبيع اه غاية (قوله ولانه لو باع كله

بهذا القدر من الثمن جاز عنده) أي عند أبي حنيفة لما تقدم في قوله ويصح بيعه بما قل وكثر اه (قوله فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي فهما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اه غاية وكتب أيضا عليه ما نصه فينبذ يجوز أيضا عندهما استحسانا اه غاية (قوله وقوهما استحسان والقياس ما قاله الامام الخ) قال الاتقاني وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والاطلاق في التوكيل بالبيع وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اه (قوله في المتن وفي الشراء بنوقف) قال الاتقاني يعني بالاتفاق اه (قوله وهذا بالاجاع) قال العيني قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم

فيستقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق في الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لا شراء بجميع ما يملكه الموكل وزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فأمكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترا وكذا ليس له أن يشتري بمكيل أو موزون غير النة دين في الذمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر رحمه الله ذلك حتى لو اشتراه به يتقذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذا الموصوف منه ممن بخلاف ما اذا كان معيننا ثم قدر الغبن اليسير هنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشبه لفحشه ولا مكان الاحتراز عنه لانه لا يقع في مثله عادة الاعدا وقيل حد الفاحش في العروض نصف عشر القيمة وفي الحيوان عشر القيمة وفي العقار خمس القيمة وفي الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة في التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغر فيه أكثر فيعني عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفي النهاية جعل هذا القدر معقوا وهو خلاف ما ذكره صاحب الهداية والكافي وقيل لا يتصل الغبن اليسير أيضا وليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والخبز لا يعني فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله (ولو وركله يبيع عبدا ببيع نصفه صح) عند أبي حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا بمجموعا ومتفرقا فصار كالو وركله يبيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده ببنصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز لان فيه ضررا للشركة وهو غير معتاد أو هو عيب وينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأب لا يجرد من يشتره بجهة فيحتاج الى التفريق فيبين ذلك ببيع الباقي بعده بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر في تبعضه ولا تنقص قيمته بذلك فلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (وفي الشراء بنوقف ما لم يشتر الباقي) أي في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه بنوقف شراؤه فان اشترى باقية قبل أن يختصم الزم الموكل والالزم الوكيل وهذا بالاجاع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامساك بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقفا فشقصا حتى يشتري الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الا حرم الشراء تبين أنه وسيلة فينبذ على الامر وان

لا ينفذ البيع الا في قول الشافعي ورواية عن أحمد اه (قوله فينبذ على الامر الخ) قال الاتقاني فان ابتاع الباقي منه قبل الخصومة لزم الامر عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الامر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجاع وكذلك هذا الحكم في جميع الاشياء التي في تبعضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والذابة والتوب وما أشبه ذلك ولو وركله بشراء شئ ليس في تبعضه مرة ولا يكون التبعض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الامر فهو أن يوكله بشراء كرم من حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكرم بخمسين درهما لزم الامر وكذلك لو وركله بشراء عبيدين فاشترى أحدهما لزم الامر بالاجاع وكذلك لو وركله بشراء جماعة من العبدى فاشترى واحدا منها لزم الامر اه (١) قوله درهمين يعني عشرة ونصف ودرهما يارده يعني اثني عشر اه من هاشم الاصل كتبه معججه

لم يشترحق رد الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل يبيع العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما ينشأ والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولأن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيه اعتبار فيه إطلاقه والأمر بالشراء يصادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الإطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال إن الشراء لا يتوقف بل يتوقف على المشتري فكيف يمكن القول بالتوقف لا نأقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد وأما اذا لم يجد فيتوقف كشرائه العبد والصبي المحجور عليهم ما غيرهما بغير أمره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه لم يجد نفاذا على المشتري فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الأمر لانه لم يوافق أمر من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقية لمزم الأمر والأمر بالمأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغيره فلو أعتقه الأمر في زمن التوقف نفذ عتقه عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما أمر به وانما يتوقف عليه من حيث أن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقي فيرتفع الخلاف فنقبل أن يشترى بقي مخالفا فاذا أعتقه الأمر لم يتقدم أبو يوسف بقول أن العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صر بمخالفته عليه والاعتاق اجازته فنفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لأن الوكيل كالة تاولت بحال بعينه فلم يملك الوكيل شراء نفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا إلى الإيضاح قال رحمه الله (ولو رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب بينة أو نكول رده على الأمر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله) لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطرب النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الأمر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما برده عليه اذا رده عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لأن القاضي يعلم أن العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إلى الاقرار ولا إلى البينة والنكول فحاصله أن العيب لا يخلو ما أن لا يكون حادثا كالسنة الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثا كماله لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها فان كان غير حادث رده القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعله بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار في الكتاب أن الحال قد يشبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج إلى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا الأطباء أو النساء وقولهم حجة في وجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج إلى شيء منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان بينة أو نكول لأن البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها رد القاضي على الوكيل بكون رده على الموكل وان رده عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون رده على الموكل لأن الاقرار حجة قاصرة فلا يعتد بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه بينة أو نكول وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لانه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض لأن الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فان عدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند إلى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما في حيث ان الرد فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث انه استند إلى دليل قاصر لمزم الوكيل إلا أن يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث أو كان حادثا إلا أنه لا يحدث مثله في تلك المدة فرده على الوكيل باقراره بغير قضاء لمزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع أنه يكون رده على الموكل لانهما فعلا غير ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي إلى إقامة البينة ولا إلى الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعين في الرد قلنا الرد بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الرد بل ثبت حقه أولا

(قوله فلو أعتقه الأمر في زمن التوقف نفذ عتقه) قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو يوسف اذا وكل رجل رجلا أن يشتري له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق الأمر فيه ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل دون الموكل اه اتقاني (قوله وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار) قال الاتقاني وانما شرط محمد في الجامع الصغير البينة أو الأباء أو الاقرار لا شبهة الأمر على القاضي بأن العيب قديم أم لا أو يعلم القاضي يقينا أن مثل هذا العيب لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري إلى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع من شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه اه

(قوله كان القول قول الموكل) لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفية تحقيقه أن الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعي الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص اه غاية (قوله وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب) وفي قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة فان أبو الليث في شرح الجامع الصغير وعلماؤنا استحسنوا في المضاربة لان المضاربة بناء على العموم وقد تصادف على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اه غاية (قوله فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة) يحتز ذلك من المضاربة لانها وكالة ولكن تصير شركة في الآخرة اذا ربح اه (قوله في المتن ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا الخ) قال في الهداية قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ (٣٧٤) بالثمن رهنا وضاع في يده أو أخذه كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قال

الاتقاني أي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد أمر رجل رجلا أن يبيع له عبدا فباعه ثم أخذ بالثمن رهنا فضاع في يده وأخذه كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلاف إلا أنه روى عن أبي يوسف ومحمد ولم يرو عن أبي حنيفة رضي الله عنه وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل اه وكتب أيضا مانعه قال شيخ الاسلام علام الدين أبو الحسن على ابن محمد الاسيحي في شرحه مختصر الكافي للحاكم الشهيد في أول باب الكفالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن لي به رهنا ففعل فهو

في وصف السلامة ثم اذا عجز فتنقل الى الرد ثم اذا امتنع الرب مجذوب العيب أو زيادة حدوث فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرتمعتينا وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزول من الزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم قال رحمه الله (وان باع نسبة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للأمر) أي الوكيل بالبيع باع نسبة فقال له الموكل أمرتك أن تبعه بنقد وقال الوكيل أمرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن ألا ترى أنه لو قال وكلتك أن تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الأمر كان القول له كما اذا أنكر الأمر أصلا قال رحمه الله (وفي المضاربة للمضارب) أي باع المضارب نسبة فقال رب المال أمرتك أن تبعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى أنه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وإبضاع ووكيل واستجار وإيداع يذ كر لفظ المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعي الماهو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق بانفاقهما فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسبة الى أجل متعارف عندهما والى أي أجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يحجي في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع أو كفيلا فتوى عليه لا يضمن) أي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فملاكهما وان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض فكذلك الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الأمر ولهذا لا يملك الا برامو يملك الأمر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه منسبين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتودينه كافي الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف الى أخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا لتوى بموت من

جائز لانه أتى بما أمر به ولو فعله بنفسه جاز فكذلك اذا فعله نائبه فان كل الراهن أقل من الثمن بما لا يتغاب الناس فيه فهو عليه جائز في قول أبي حنيفة ولم يذ كر قولهما ويحتمل أن لا يجوز على قولهما بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدا لمستوفيا في العاقبة والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش وعند أبي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع بثمن مؤكدا بالرهن فاذا باعه بثمن غير مؤكدا يصير مخالفا ولو قال بعه بثمن ثقة فارتهن رهنا أقل منه بما يتغاب الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثيق به لانه مماثل للدين أو مقارب له فصلى وثيقة له لان الوثيقة ما يفتنى الى الحقيقة وان كان أقل منه بما لا يتغاب الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بحبس القليل مما لا يعقل لانه تعلق به حق الأمر لان فائدة التوثيق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرد مقبلا له فيضمن اه غاية (قوله فتوى عليه) أي على الكفيل اه غاية قال في الوافي أو أخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل اه

(قوله المراد بالتوى الخ) أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافي فقد قال فيه بعد قوله فتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم براءة الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اه (قوله وكان توكيلهما بلفظ واحد) قال في الهداية فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا فيه قال الاتقاني قالوا هذا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بان قال وكذا كذا بيع عبدى وخلع امرأتى أما اذا وكلهما بكلامين كان لكل منهما ان يتصرف لان كل واحد منهما مسلط على البيع والخلع بانفراده اه وكتب ايضا مانعه قال الاتقاني رحمه الله قال الامام الاسيحاى في شرح الطحاوى الاصيل في هذا ان الوكيلين بالمبادلة اذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه الوكيل الآخر أو الموكل ولا يجوز فصل أحدهما لان المبادلة تتعلق بالرأى والمشورة وقد رضى رأيهم ما ومشورتهم ما ولم يرض رأي أحدهما سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضر أو غائب الآن في الشراء يتقدم عليه ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل أو الوكيل وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله (٣٧٥) أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر وأما

عليه الدين وجهه على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها يموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المجهل وانما يتوى بموتهم ما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضى مالكا ويحكم به بموت الكفيل مفلسا قال رحمه الله (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضى رأيهما لا يرى أحدهما ولو كان البديل مقتدا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأى وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه الى الرأى كالطلاق والعناق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان يتفرد بالتصرف لانه رضى رأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان يتفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار وصيين جلة واحدة والوكالة حكمها ثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استند كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا يتفرد به أحدهما وان كان أحدهما حرا بالغا قلا والاخر عبدا أو صبيّا مجورا عليه لما ذكرنا ولو باع أحدهما بمحضرة صاحبه فان أجاز له صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فجاز له يجزى في قول أبي حنيفة رحمه الله وان مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للاخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده قال رحمه الله (الا في خصومة وطلاق وعناق بلا بدل ورد دية وقضاء دين) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأى والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأى لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضى متعذر لانه يؤتى الى التلبيس على القاضى والى الشغب والرأى يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عاتقهم لانه لا يتعلق

الوكيلان بالتعاقب على غير الوكيلان بالطلاق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلا أحدهما ان يعقق ويطلق وكذا الوكيلان بالخصومة لاحدهما ان يخاصم إلا أنه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا لان الخصومة مما لا يتأتى فيها اثنان بالاجتماع والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع وكذا الوكيلان بتسليم ما وهب الى الموهوب لفلسم أحدهما صحت الهبة وكذا الوكيلان بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاء أحدهما جاز وأما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد

كلو كيلين بالبيع إلا في أشياء معروفة فذكرها في الوصايا وعند أبي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه بالاتفاق كذا في شرح الطحاوى اه (قوله في المتن إلا في خصومة وطلاق الخ) قال قاضيان في شرح الجامع الصغير لا يتفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة أشياء الأول اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعناق والثالث اذا وكلهما برتد دية أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان في الثلاثة لا يحتاج الى الرأى وأما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اه اتقاني رحمه الله (قوله ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنهما لا يقبضان الامعا وقال زفر لا يصح الانفراد في الخصومة أيضا لانه يحتاج فيها الى الرأى ورأى الاثنين لا يكون رأى الواحد فرضاه رأيهما لا يكون رضا رأي أحدهما كافي البيع والشراء ولنا ان المعهودين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحري الصواب اذا الانسان يتلى بالغلط عند كثرة الغلط وفي الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وانما يتفرد أحدهما بالتكلم اه كافي

(قوله وطلاق الزوجة والعق الخ) قال الاتقاني وذكر في الجامع لو قال لرجلين طلقا امرأتين شتما أو أردتا فطلقهما أحدهما لم يقع لانه علق الطلاق بعشيتهم فلا ينزل عنده شيئا أحدهما وكذلك لو قال امرأتين بأيديكما فطلق أحدهما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما لا إلى أحدهما اه (قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده) حتى لو انفرد أحدهما بالرأي الآخر لا يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله لانه رضي رأييه) والناس متفاوتون في الرأي اه غايه (قوله ويملكهما فيما نحن فيه) أي بملك الموكل التوكيل فيما وكل فيه ويملك منه اه (قوله فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيله) قال فاضحان في فصل التوكيل بالخصومة رجل وكل رجلا بالخصومة وقاله ما صنعت من شيء فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جائز ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جنى أو ارتد ولو لحق بدار الحرب لا ينزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جنى أو ارتد ولو لحق بدار الحرب ينزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جائزه لان الموكل رضي بصنع الاول وعزل الاول الثاني من صنع الاول اه (قوله في المتن ١٧٦) فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرة أو باع أجنبي فأجاز صم (قال الاتقاني قال محمد في

الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل وكل رجلا يبيع عبدا فأمر الوكيل رجلا يبيعه قال ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وكل رجلا يبيع عبدا فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جائز الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي وليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به الا أن يطلق له الذي وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوض الى غيره إلا أن يأذن له الموكل بذلك

بسماعه بالخصومة وهو ساكت فائده وطلاق الزوجة والعق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الرأي الا اذا قال طلقاها ان شتما أو جعل أمرها بأيديهما حينئذ يكون تقويضا يقتصر على المجلس لكونه تعليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعله ما وقع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لأحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا فلا نا فطلقها أحدهما مطلقه والاخر طلقين لا يقع وردا لوديعه لا يحتاج فيه الى الرأي فردا أحدهما ككره ما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لأحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللوكيل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذا أمره تناولهما مجتمعين لامتفرقين فلم يكن مأمورا في حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استردا الوديعة قال رحمه الله (ولا يوكل الا باذن أو باعل رأيك) أي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل رأيك لانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولأنه عنه ويملكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه وكل كان الثاني وكيله عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينزل بعونه وينزل بعون الموكل وهو تطير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينزل بعزل القاضي الاول ولا بعونه وينزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينزل بعونه والفرق أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينزل بعزل القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينزل وكيله بعونه لبطان حقه قال رحمه الله (فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرة أو باع أجنبي فأجاز صم) أي ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الاول جاز فيه لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا الوعد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود وهو

أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شيء فهو جائز فيشترط يجوز ولو وكل رجلا يبيع عبدا لم يجزه ما صنع ولا أذنه حضور في ذلك فوكل الوكيل غيره يبيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه يتظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذي باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز يبيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرة وقال ابن أبي ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرة وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوي (قوله وكذا الوعد الوكيل الثاني الى قوله جاز من غير اجازة الخ) مقتضاه أن قوله في المتن فأجاز صم راجع الى مسئلتى الوكيل الثاني والأجنبي والاول كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبي فقط لم يكن لقول الشارح وكذا الوعد الوكيل الخ فائده لانه حينئذ يكون مستفادا من المتن قال الاتقاني رحمه الله ونقل في الفتاوى الصغير عن وكالة شيخ الاسلام خواهر زاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الثاني أو أجره الاول حاضر أو غائب فأجاره الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثاني بحضرة الاول وذكر بعده هذا أنه اذا باع الثاني بحضرة

الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور في الجامع الصغير كروايتين في باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط الشيخ الاسلام خواهر زاده ثم قال شيخ الاسلام خواهر زاده حكى عن الكرخي أنه كان يقول ليس في المسئلة اختلاف الروايتين لكن ماذا كر مطلقا في بعض المواضع محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن الوكيل لو كمل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضوليا وعقد الفضولي لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ومنهم من جعل في المسئلة روايتين في رواية يشترط فيه الاجازة كما ذكرنا وفي رواية يكفي حضور الاول كما ذكر في الجامع الصغير قال شيخ الاسلام (٣٧٧) خواهر زاده وعلى هذا أحد وكيلي

البيع أو الاجارة اذا أمر صاحبه ببيع محضرته أو أجر جاز في روايه ولا يجوز في رواية ما لم يجز الأمر الثاني أو المالك كذا في التمهة والفتاوى الصغرى اهـ ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله ولو قدر الاول الثمن الثاني جاز عقده في غيبته) أي في رواية كتاب الرهن اهـ وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع اهـ كافي (قوله واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل المخ) قال في فتاوى قاضي خان الوكيل بالبيع اذا لم يقل له الموكل ما صنعت من شيء فهو جائز لا يملك التوكيل فان وكل غيره ببيع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر في الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح اهـ (قوله وينبغي أن يكون على هذا

حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بانه ولو قدر الاول الثمن الثاني جاز عقده في غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البديل حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لأن تقديره لا يمنع استعمال الرأي في نقصانه في الشراء وفي الزيادة في البيع وفي اختيار من يعمل لانه بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البديل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المأمور واحد لان غرضه استعمال رأيه في معظم الامر وهو تقدير البديل وقد حصل وهذا لان المقصود في الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البديل وقد حصل بتقدير البديل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا في العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول فذكر الباقي في فتاويه أن الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبي أيضا لان الموكل رضي بلزوم العهدة للاول دون الثاني وذكر في حيل الاصل والعيون أن الحقوق ترجع الى الثاني وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغي أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فأجازه أو عقده أجنبي فأجاز الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول لا يتقدلان الأمر علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه قال رحمه الله (وان زوجه عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة العبد أصلا والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة في التفويض اليهما ولا فرق في ذلك بين أن يكون الكافر نسيا أو حريبا وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبني على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فاذا أسلم جعل كأنه لم ير لمسلم فينفذ تصرفه واذا مات أو قتل على رذته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان أسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذلا مجيزه في الحال لان شرط التوقف أن يكون له مجيز في الحال فصارت طيرة اعتناق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا تتوقف على البلوغ اذلا مجيز لها في الحال ونكاح أولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي أو القاضي فيتوقف فاذا أسلم نفذت فصح النكاح والابطال وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تبني على الملك وملكه قائم ثابت في أمواله مادام حيا فينفذ بلا توقف والله تعالى أعلم

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الخلاف فيما اذا عقده المخ) قال الاتقاني ولو باعه الوكيل الثاني حال غيبة الاول فبلغه فأجاز أو باعه أجنبي فبلغه فأجاز لانه حصل رأيه اهـ

باب الوكالة بالخصومة والقبض

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتشوا حتى تركت حقيقة تم الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب أخذ كراو كالة بالخصومة عماليس مهجور بل هو مطلق مجرى على حقيقة اهـ اتقاني رحمه الله في الفتاوى الصغرى لو قال الرجل لا خروككتك بالخصومة في كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة في كل حق قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استحسانا ولو قال وكنتك بالخصومة قبل فلان يكون وكيل بالخصومة في كل حق يكون موجودا يوم التوكيل اهـ خلاصة الفتاوى

(قوله في المتن الوكيل بالخصومة الخ) قال في الهداية والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الاتقاني هذا القبط القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا لفرق وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضى الدين له القبض ثقافا اه قال الاتقاني قال في الوقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا - ن الحياة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخصوصا في الوكلاء على باب القاني اه (قوله والعرف أملك) لان وضع اللفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المني الموضوع بل يفهمون المجاز قصارا المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اه (قوله ولزفر أن الخصومة الخ) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه رضى م دايته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض فلا يملك القبض اه (قوله في المتن ويقبض الدين يملك الخصومة) قال في خلاصة الفتاوى في الاصل الوكيل يقبض الدين ليس له (٣٧٨) أن يوكل غيره ولو وكل رجلا بقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه استحسانا ولو

وكله بقبض غله الدار يتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله مع حتى لو وكل فتقبض فملك في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بيته عليه وقال لا تقبل بيته على القضاء إلا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما بجمعا ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر راده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان

قال رحمه الله (الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه الله وقال علمونا الثلاثة رحمه الله يملك القبض عنا كان أو دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه واتعلمه ما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعاً لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذ هو غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضى الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لانه تعاقل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه دينى أى أخذت والعرف أملك فكان أولى اذا الحقيقة مهجورة نصارى معنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها وكلا باتمامها اذا المطالبة لا تنتهى الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة - وهو لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خسة ومرة وأكثهم كذبا وخيانة وأقلهم ديناً وحياء ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وثره ورعافى يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لماذا كرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله (وبقبض الدين يملك الخصومة) أى الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تنبيل وكذا اذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضاه اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدى اليها قال رحمه الله (وبقبض العين لا فلو برهن ذواليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعناق) أى الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذواليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بيته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيستوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثا أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد أعتقه لا تقبل

كان التوكيل من القاضي كالموكل وكلا بقبض ديون الغائب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له في يده رجل عبد فوكل رجلا بقبضه من الذى العبد في يده ثم غاب الموكل فأقام الذى في يده العبد البينة أن الغائب قد باعها اه فقال أفتعه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعناق وكل شيء الا الدين فانه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه فأقام الذى عيه الدين البينة ان قد أوفاه فبات بيته وقال أبو يوسف ومحمد هذا الاول سواء الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه (قوله وكذا اذا أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الخ) قال الاتقاني بخلاف الوكيل بنقل المرأة البينة على الطلاق لان الطلاق لا يملك الخصومة على الاعناق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا تسمع البينة على الطلاق والقصر اليد استحسانا وبوقف الامر الى أن يحضر الغائب والقياس أن لا يوقف الامر بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل لان البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل بفعل خصما في بطلان حق القبض احتياطاً فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال نقر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالا

وبجوابي كتاب التقريب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتملك لم يجوز وكيل المسلم في قبض الخمر كالاير في تملكها
فالجواب ان هذا تملك من طريق الحكم والمسلم يصح ان يملك الخمر حكما والالم يجوز عقده عليها اه (قوله لان الدينون تقضي بامثالها الا باعيانها)
قال الاتقاني لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كانء القابض مثل ما على المطلوب فالتقاني الدينان
قصا (قوله وهذا لان المقبوض الخ) اشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة رضى الله عنه يعني كالمواكبة لا مثل الداء وذلك مباشرة وأما
بالمعاوضة يكون أصيلا في حقوق المعاوضة اه قارى الهداية (قوله الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء) يعني ان الدينون وان كانت
تقضي بامثالها الا باعيانها ما ينالنا انما الا ان المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض فلو كان تملك محض ليس
فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا اذا فطر بجنس حقه حل له تناول اه غايه (قوله كالمواكبة) يعني
ان أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فأراد الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البيعة أن لو كل أخذ نصيبه تقبل بيعة
لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التملك اه غايه (قوله والرد بالعيب) يعني (٣٧٤) أن المشتري اذا وكل وكيل بمراد المشتري

بسبب العيب فأقام البائع
البينة أن المشتري رضى
بذلك تقبل بيعة اه غايه
(قوله والرجوع في الهبة)
يعني اذا وكل وكيل
بالرجوع في الهبة كان
خصما حتى اذا أراد الرجوع
فأقام الموهوب له البينة أن
الواهب أخذ العوض تقبل
بيعته اه غايه (قوله والوكيل
بأخذ الشفعة) اذا قامت
عليه البينة أن الموكل سلم
الشفعة صححت وقضى بذلك
اه غايه (قوله ومستلنا
أشبه بأخذ الشفعة) أي من
الوكيل بالشراء اه غايه
(قوله حتى لا يجب التوقف
فيه) بل كان ينبغي أن يدفع
الى الوكيل اه غايه (قوله
لان البينة قامت) أي بيعة
صاحب اليد اه (قوله في

في حق وقوع الطلاق والعناق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى أن ينحضر
الغائب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين
حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بالخصومة بأن لا يجحد
ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الأمر بالشئ انما يدخل غيره فيه اذا كان
لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف
وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التوصل اليها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت
هذا قال أبو يوسف ومحمد رجهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض
أحد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر أن يشركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أن يأخذه
بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة
رجه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الدينون تقضي بامثالها الا باعيانها وهذا لان المقبوض
ليس ملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالمواكبة
بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الشفعة ومستلنا أشبه بأخذ الشفعة
فانه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل يطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشراء فاما
يصير خصما بعد مباشرة الشراء وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وأما خصما
فلم يتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها
قامت على غير خصم وفي الاستحسان بتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر الخصم بأعادة البينة على
ما ادعى لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فبقيقبل في
حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد
قال رحمه الله (ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا) أي اذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده
يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف

المتن ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا) وصورة المسئلة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعي فأقر بطلان الحق أو كان وكيل
المدعي عليه فأقر بلزوم الحق عليه اه (قوله ولكنه يخرج به عن الوكالة) استدراك من قوله اذا أقر عند غير القاضي لا يصح قال في الهداية
واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء لم يجوز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا
أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره وان أقر في غير مجلس القضاء قال الاتقاني وهذه من مسائل القدروري ولفظ الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعي عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضي
أن الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له
المال بذلك الا أن الوكيل لا يقضى له بدفع المال اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف اقراره يلزم الموكل عند
القاضي وعند غير القاضي وهو لازم الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شئ تهرج بآثره وهو خصم
بمنزلة الذي وكله غير أنه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي فأما عند غير القاضي فلا يجوز هذا في قول أبي حنيفة ومحمد

وقال أبو يوسف يجوز إقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البيعة عليه بذلك إلى هنا لفظ الأصل وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة ومحمد يجوز إقرار الوكيل على موكله بحضور الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله وإذا أقر الوكيل بالخصومة الخ قال الكاكي أطلق إقرار الوكيل ليتناول اسم الموكل المدعى والمدعى عليه لأن جواب الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فأقرار وكيل المدعى هو أن يقر بقبض الموكل وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اه (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح إقراره عند القاضي أيضا) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه موكله بالخصومة والمنازعة (٣٨٠) والإقرار مسألة ومساعدة فكان بين الإقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت

ما يضاده فلا يجوز إقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وإبرأه مع أن الصلح أقرب إلى الخصومة من الإقرار وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الإقرار بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تفسر علي فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الإقرار فلا تناوله بطل الاستثناء وصح الإقرار لأن الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اه (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اه (قوله ولهذا لا يملك) أي الوكيل بالخصومة اه (قوله ويصح إذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الإقرار واللام يصح استثناءه كالم يصح استثناء الانكار اه (قوله وكذا لو وكله بالجواب

رحمه الله يصح إقراره عند غير القاضي أيضا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يصح إقراره عند القاضي أيضا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لأنهما مورد بالخصومة وهي منازعة والإقرار بضادها لأنه مسألة والامر بالشئ لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الأبرأ والصلح ويصح إذا استثنى الإقرار ولو كانت حقيقة الخصومة معجوزة لما صح استثناءه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا بتقيد بجواب هو خصومة عندهما القصد بالانكار ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة بتقيد به كما بتقيد بالتقيد صريح محمول لأن فيه إضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملك الأب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما أوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون أحدهما عينا إذا لا يجوز له أن ينكر إذا كان خصمه حقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لأنها سببه فذكر السبب وإرادة السبب شائع أو لخروجه بمقابلتها ولأن الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الإقرار والانسكار عملا بمعوم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فإنه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الدليل والنهار عملا بمعوم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقا أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعاً ولو حمل على الانكار لا يصح الأعلى أحد التقديرين وهو أن يكون محققاً بالانكار وإن كان مبطلا لا يصح وهذا لأن الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وإنما يملك مطلق الجواب وهو نعم إن كان خصمه محققاً وبلا أن كان مبطلا فكذلك لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لأن في حله عليه فساد من وجه وفي حله على مطلق الجواب صحة من كل وجه فكان أولى لصحته بيقين قطعاً بلا احتمال الفساد ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه يكون توكيلاً بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذلك لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لأنه يحتمل أن يكون محققاً بالانكار فيملكه وتنصيبه عليه يرجع تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الإطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب فصحة من الطالب دون المطلوب لأن الطالب لا يجبر على الخصومة فلا أن يוכל بشئ دون شئ على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار الطالب ولأن الطالب يثبت حقه بالبيعة أو بنكول الموكل لأن الوكيل لا يخلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الانكار منهم لما ذكرنا ولأن الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل بأقامته فأقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذلك إقراره من قام مقامه وهذا لأن الشئ إنما يختص بمجلس القضاء إذا لم يكن موجبا إلا بانضمام القضاء إليه كالبيعة والنكول فأما الإقرار فوجب

مطلقاً هذه مسألة مبتدأة خلافية ليس إرادتها على وجه الاستشهاد اه من خط قارئ الهداية أخذه من كلام بعض الشارحين اه (قوله ولأن فيه) أي في الإقرار اه (قوله دون أحدهما عينا) أي أحد الجوابين اه (قوله أو لخروجه بمقابلتها) كما سمى جزاء البيعة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لخروج الجزاء في مقابلة السيئة اه (قوله ولو استثنى الإقرار) جواب عن قوله ويصح إذا استثنى الإقرار اه غايه (قوله فلا يفيد استثناء الانكار) صوابه الإقرار قال في تمة الفتاوى إذا وكل بالخصومة واستثنى الإقرار صححت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب لأنه مخير ولا يصح من المطلوب لأنه معجوز عليه اه غايه (قوله يصح استثناء الانكار) صوابه الإقرار (قوله ولأن الانكار) صوابه الإقرار

(قوله فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال) ولا يدفع اليه المال ولا يتما باعتباره النظر وهو في حفظ المال والاقرار لا يكون حفظا بل هو اضعافه فاذا اخذ المال من الغريم لا يدفع اليه المال المتناقص كما لو ادعى مالاً للصغير عن رجل فأسكر فصدقه الاب أو الوصي ثم جاء يدعى المال لا يدفع المال اليه لان ما خرج من الولاية والوصاية فكذلك الوكيل اه كاكي (قوله فاقبل ادائن اذا وكل المدين الخ) قال في الفخيرة في الفصل الرابع من الوكالة مانصه ذكر في الجامع الكبير صاحب الدين اذا وكل المدين أن يبرئ نفسه عن الدين صح واذا أبرأ نفسه برئ وذكروا في شرح كتاب المأنون أنه لا يصح واذا أبرأ نفسه لا يبرأ وفي حواله الأصل المحتال له اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصح وكذلك رب الدين اذا وكل المدين بقبض الدين من نفسه لا يصح وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا كان بالمال كفيل فوكله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه وان هلك في يده عنده فلا ضمان (٢٨١) عليه لانه رسول ولم يقبضه لنفسه اه

وكتب مانصه قال في شرح التكملة ومن وكل رجلا بقبض عبده في يد آخر وغاب فأقام من في يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب لان الخصم ليس بخصم عن الغائب لانه وكيل بالقبض لا بالخصومة وكان القياس أن لا يوقف الامر كما لا يقضى بالبيع لبطان البينة إلا أنه استحسنت ذلك لقصر يده عن القبض لانه وكيل بصورة القبض ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة وكذلك لو وكله بنقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بينته ويرأ الغريم لان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك

بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وقال تعالى قل اصلاح ليسم خبر وليس في اقراره خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فملك الاقرار من حيث انه جواب لامن حيث انه اقرار والجواب يستحق في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل في مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكلا في غيره فاذا أقر فيه لا يعتبر اقراره لكونه أجنبيا فلا يتفد على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية بالخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل كلاب والوصي اذا أقر اعمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية في ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا انكاره ولا يصدر الموكل مقررا بالتوكيل بالاقرار ولو أقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالايجاب فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيمورث شبهة في درء ما بدرا بالشبهات قال رحمه الله (وبطل توكيله الكفيل بماله) معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذي عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذي يمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته فانه عدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها وجب أن لا يقبل قوله لكونه متما قيه ببراءة نفسه فصار تطير من أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لما ذكرناه كذا هذا فان قل الدائن اذا وكل المدين ببراءة نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا في براءة ذمته قلنا ذلك عليك وليس به وكيل كما في قوله لامرأته طلق نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك في يده لم يهلك على الطالب ولو أبرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلا ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغي أن تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لا ما تقول الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز أن يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذا الدينون تقضى بأمثالها فيكون مقررا وجوب دفع

(٣٦ - زيلعي رابع) والتملك لما عرف أن قضاء الدين انما يكون بأمثالها لا بأعيانها فصار خصما كل وكيل بأخذ الشفعة والقسمه فانه لما كان وكلا بالتملك ينتصب خصما عنه اه وكتب أيضا مانصه قال قاضيان ولو وكل المدين ببراءة نفسه عن الدين صح توكيله ولا يقتصر على المجلس اه (قوله في المتن فصدقه الغريم الخ) أما لو أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتي الكلام عليه عند قوله في المتن أولم يصدق اه (قوله في المتن أمر بدفعه اليه) قال الكاكي وبه قال المزني وقال الشافعي وأحمد ومالك لا يؤمر بالتسليم الا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته فينثذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة واحتج الشافعي بأن هذا تسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر أن هذا وصي الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لانه يتضمن اقراره أنه أقر أنه للاحق لسواه وقلنا أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لان ما يقبضه خالص ماله اه وكتب مانصه قال الاتقاني والأمر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبا وقال الشافعي لا يجبر على التسليم كذا في شرح الاقطع اه قال الاتقاني فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع

إذا صدقه ثم أبي أن يدفع اليه لا يجبر على التسليم اليه قلت انما يجبر المودع على التسليم لانه اقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان
الوديعة ملك الغير فلا يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبر القاضي على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك
نفسه لا في ملك الغير لان الديون تقضى بأمثالها (قوله في المتن فان حضر الغائب فصدقه) أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اه
(قوله وإلا دفع الغريم اليه الدين ثانيا) (٢٨٣) لان الغائب لم يصدق في دعوى برأيه فصدقه عن الحق لم يصح الاداء فأمر بالدفع ثانيا

الى الموكل قال في شرح
أدب القاضي في باب اثبات
الوكالة كان للغريم أن يحلفه
بأنه ما قبض فلان بن فلان
القلا في هذا المال بأمره
ووكالتك لان الغريم يدعي
عليه ما لو اقر به لزمه فاذا
أنكر يستحلف فاذا حلف
كان له أن يرجع على الغريم
والغريم يرجع على الوكيل
اه غايه (قوله ولا يكون
قولهما حجة) أي الغريم
والوكيل اه (قوله لا يرجع
به عليه) لانهما صدقه في
الوكالة اعتقد أنه أمين في
القبض ولكن الموكل يظلمه
فيما يطالبه ثانيا فلما كان
أميناً كان محققاً في القبض
ثم لما أخذ الغريم من
الوكيل كان ذلك ظلماً فلا
يجوز لأحد أن يظلم غيره
وان كان هو مظلوما وهذا
معنى قوله والمظلوم لا يظلم
وان نكل الطالب عن اليمين
كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا
يكون له بعد ذلك سبيل
لاعلى المطالب ولا على أحد
غيره ثم الغائب اذا لم يصدق
الوكيل ليس له أن يطالب
الوكيل وقال بعض أصحاب

ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة
به ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤثر حقه كمالو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله أن يطالب رب
المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجري في
الايمن بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصله
دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين بوكيل بالاستقراض معنى لان الديون
تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا
قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث
المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول
ان فلانا وكنتي بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول
أرسلني اليك وقال لك أقرضني فصح ما ادعيتاه أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا
ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة رحمه الله
فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم قال رحمه الله (فان حضر الغائب فصدقه والادفع اليه الغريم
الدين ثانيا) لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيله وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه
لم يصير مستوفيا بالقبض لانه لم يثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة
عليه فبأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي يرجع
الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه
حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وان ضاع لا) أي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به
عليه لان الغريم باقراره صار محققا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاستخذ منه ثانيا والمطلوب لا يظلم غيره
ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فأتى بدينه واقتسم ألف
العين نصفين فادعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه ألف حال حياته فصدقه أحدهما وكذبه
الأخر فالمكذب يرجع عليه بمخمسائة ويرجع به الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه
في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالر جوع بما أخذ المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم
زعم أنه برىء عن جميع الألف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذ الجاحدين
على الجاحدين والوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار
بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له
البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة ديناً على الميت فيرجع بها على المصدق فبأخذ ما أصابه بالارث
حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله (الا اذا ضمنه عند الدفع) أي الا أن يضمن الغريم
الوكيل فينتذير جمع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف
فعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

الشافعي ان شاء ضمن الوكيل قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغير لم يتعين بالدفع فكان له اتباع
الذمة فاما الوكيل فاعنا قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اه اتقاني (قوله ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي
أخذه منه) معناه أن يضمن الكفيل نظير المال الذي يأخذ من الدين من المديون على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن
الوكيل يضمن للديون المال الذي يأخذ الوكيل من المديون لانه سيأتي قريبا في كلام الشارح أن الكفالة هي هذا المال غير صحيحة لانه
أمانة وقد منجح با كبر في شرحه هكذا (الا اذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل ان حضر الغائب وأنكر التوكيل فاني ضامن لهذا المال

(أول صدقه) الغريم (على الوكالة ودفعه اليه) بناء (على ادعائه) ففي هاتين الصورتين أن أنكر الغائب فبضمين الوكيل ان ضاع المال أما في الاول فلأن المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان وأما في الثانية فلأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما آذاه رجاء اجازة الغائب فانما يجوز رجوع عليه اه ما قاله با كبير وظاهر قوله فاني ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذي قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم أنه أمانة على أنه لا يلتزم مع قوله أما في الاول الخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذي يأخذه الغريم من المديون كما قدمنا قنبه (قوله وصورة هذا الضمان الخ) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اه (قوله وزعمه) مبتدأ وخبره قوله أنه قبضه بغير حق اه (قوله وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها) قال قاضخان (٣٨٣) رجل ادعى على رجل أن فلانا وكله

بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال اليه على الإنكار ثم أراد أن يسترده ليس له ذلك وفي المنتقى له أن يسترده اه وكتب على قوله في الوجوه كلها ما نصه وهي أربعة حالة التصديق مع التضمن ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اه (قوله ليس له أن يتقاضه ما لم يقع اليأس منه) قال الاتقاني وذلك لأنه لا يجوز أن يسعى الانسان في نقض ماتم من جهته لأنه عيب وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لو كيل المشتري حتى لا يلزم نقض ماتم من جهته اه (قوله الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة) قال شيخ الاسلام علام الدين الاسيجابي في شرح الكافي للعساکم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجوع به عليه الغريم لأنه قبضه بغير

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة ويأخذني ثانيا ويصدر ذلك ديناً عليه لأنه أخذه مني ظمناً فهل أنت كفيل عنه بما يأخذ مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحاً على هذا الوجه لأنه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلى أو ما ذاب لك عليه فعلى لأن ما أخذه الطالب ثانياً غصب وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لأنه أمانة في يده لتصادقهما على أنه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه قال رحمه الله (أول صدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه) أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضاً لأنه دفعه اليه على احتمال أن يكون وكيلاً ولم يرض بقبضه الا لقضاء دينه تحصيلاً لبراءة ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجوع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحاً أو بسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما إذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب أما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهراً الا على حق وأما اذا لم يصدقه فلا احتمال أنه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن يتقاضه ما لم يقع اليأس منه ألا ترى أنه اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجوز وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استخلافه على ذلك لا يستخلف لان كل ذلك يبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعياً في نقض ما أوجبته الغائب ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانصب الحاضر خصماً عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتمت نقض يد الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمناً وان لم يثبت مقصوداً ولو ادعى الغريم على الطالب حين رجوع عليه أنه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعدما أدى الى الطالب بنفسه فادعى الوكيل هلاكه أو دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها لأنه ملكه وان كان هالكاً ضمنه الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر الدين فالوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض

حق فكان مضموناً عليه ان كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لأنه دفع اليه على ظن أنه وكيل فاذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضياً بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لأنه يزعم أن قبضه وقع حقاً فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسيجابي اه اتقاني أقول وقد تلخص من هذا أن الاحوال فيما اذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة في ثلاثة منها يضمن وهي ما اذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه والحالة الرابعة لا ضمان بها فهو ما اذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكنز رحمه الله أما الاولى من أحوال الضمان فهي المراد بقوله الا اذا ضمنه أي مع كونه صدقه على الوكالة وأما الثانية والثالثة منها فقد اختلفا في قوله أول صدقه الخ قال الشارح لان عدم التصديق يشمل الصورتين وأما الرابعة وهي حالة عدم الضمان فهي المراد بقوله وان ضاع لا قنبه

(قوله في المتن لم يؤمر بالدفع اليه) وروى (٢٨٤) الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اه غايه (قوله ولو سلم الوديعة

اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الخ) قال الاتقاني رحمه الله فان كانت ضاعت في يده أي يد الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بالتضمن فلا رجوع فيه لان في زعمه أن الوكيل محق في الأخذ ولكن الموكل ظلم في الأخذ ثانيا بالتضمن والمرموأخذ بزعمه والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب يرجع على الوكيل لاجل ضمانه والثالث أن يدفع مع التكذيب فاما ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه أنه أخذه بغير حق والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضا لان الدفع كان على رجاء الاجازة من الغائب فاذا انقطع الرجاء يرجع على الوكيل اه وهذه الالوجه تؤخذ من كلام الشارح لكني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اه (قوله) وليس له أن يرجع على الوكيل أي فيما اذا دفعها اليه المودع مع التصديق بالتضمن اه (قوله) ولو دفع اليه من غير تصديق صادق بما اذا دفعها اليه مع التكذيب وبما اذا

دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية أنه لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف قال رحمه الله (ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) لانه أقر له بقبض مال الغير فلا يصح ما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بمال نفسه اذا الدين تنقضى بامثالها لا بأعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قبيل لا يضمن وقيل ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا اذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الو كالة يضمن المودع لانه متعبد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل لان في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له أن يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فينتدبر رجوع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة يرجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لانه مملوكها بأداء الضمان ولو أراد أن يستردّها منه بعد ما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه قد زال بموته وانفق مال الوارث في دفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث في دفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقر البيّنة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما ونمامه في التحرير ولو ادعى أن صاحب المال مات وأوصى اليه وصدقه ذواليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كماله أقر أنه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال ديناً على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقراره على نفسه اذا اقتضاء في خالص ماله كماله لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقراره على نفسه من الوجه الذي ذكر لك اقراره على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو أقر بوكالة حال حياته لانه لو مضى ريب الدين وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لان أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله (ولو وكله بقبض ماله فادعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أدر رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال أخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبت بقوله أخذه رب المال اذ لم ينكر الو كالة وانما ادعى الايقاع وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالمو كالة وهذا لانه لو لم يكن هو محققا عهده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين قتال وفيترك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبت الو كالة في زعمه ولم يثبت الايقاع بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالمو كالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان الميمين لا تجرى فيها النيابة على ما بينا من قبل

(قوله وفيه خلاف زفر) قال القدوري في كتاب التقریب وقال زفر أحلفه على علمه فان أبي أن يحلف خرج من الو كالة ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل في الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيمليدعي قبله من الاستيفاء كالوصي ولان الغريم يدعي الايفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها وجه قول زفر وأب البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه في الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فثبت هذا المعنى وكألو أقر سقطت خصومته اه غايه (قوله في المتن واتبع رب المال واستحلفه) فان حلف مضى الأداء وان نكل يتبع القابض فيسترده ما قبض اه غايه (قوله في المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) قال الكاكي رحمه الله وبه قال ابن أبي ليلى وقال الشافعي وأحمد لا يلتفت الى قول البائع فيرد كمال الدين ولا يمين على الوكيل اذا لم يدع البائع علمه أمالوا دعي علمه بحال على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف أيضا اه (قوله بخلاف مسئلة الدين) قال الاتقاني حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تأخير الى حضور رب الدين وحلفه وفي هذه المسئلة لا يرد المبيع على البائع بل يؤخر الامر الى أن يحضر المشتري فيحلف أنه ماضى بالعيب اه (قوله ان القضاء بالقسح نافذ) وان ظهر الخطأ اه هداية (قوله ظاهر او باطنا عند أبي حنيفة) فاذا سقط البيع ظاهرا وباطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى أن يحضر المشتري فيحلف اه غايه (قوله وقيل الاصح عند أبي يوسف (٣٨٥) أن يؤخر في الفصلين) نظرا للغريم

وبالبايع اه غايه قوله للغريم أي في مسئلة الدين اه قوله والبايع أي في مسئلة الرد بالعيب اه (قوله في المتن فبالعشرة بالعشرة) ومعنى قوله فبالعشرة بالعشرة أي تكون العشرة التي حبسها عنده بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعا بالعشرة التي أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد في الاصل مسئلة الاتفاق بل ذكر مسئلة قضاء الدين فقال في كتاب الو كالة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء على دفع الوكيل غيرها

وفيه خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (واتبع رب المال واستحلفه) أي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة قفتمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن إقامة البينة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وان وكله بعيب في أمة وادعي البائع رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري) أي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك يمكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالقسح نافذ ظاهرا وباطنا عند أبي حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذا لا يجوز قسح القضاء وفي مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولا باحق الطالب في الدين ثابت يققن لتحقيق الموجب فلا يمنع على الوكيل استيفاء ما يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يققن ثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضي به وقت التسليم فيمنع ثبوت حقه في الرد أصلا وقالوا عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله يجب أن لا يفرق بين المسئلتين بل يرد فيهما للمحال لان القضاء بالخطأ لا يتفاد الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين لان من مذهبه أن القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا يثبت حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله (ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فبالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالاتفاق وكيل بالشراء لان الاتفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل

واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التي حبسها الى الموكل ويكون متطوعا في التي دفع ولكن ادع القياس واستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقالوا في شروحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن يرد على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير تبعينان في الو كالة وان كانتا لا تبعينان في عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلك الدراهم قبل الاتفاق أو قبل الشراء بها في التوكيل بالشراء بطلت الو كالة فاذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولانه خالف الامر فترد مال الموكل لان الموكل أمره بأن ينفق من مال الدافع لامن مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال قاضيان في فتاواه رجل دفع الى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق به فأنفق الوكيل ثم تصدق عن الامر بعشر من ماله لا يجوز ويكون ضامنا للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحسانا وتكون العشرة بعشرته ولو دفع رجل دينارا الى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور دينارا من عند نفسه وأمسك دينارا لآخر لنفسه قال أبو يوسف لا يجوز ولو دفع الى رجل دينارا يشتري به ثوبا فاشترى بدينار من عند نفسه جاز شراء المأمور ويكون الدينار له وكذا لو دفع الى رجل دينارا يقضي غريبا له فقضا من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اه (قوله فترد العشرة على الموكل) أي ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر اه غايه

(قوله ثم يرجع به على الآخر) وإذا طفر بجنس حقه من مال الآخر كان له أن يأخذه اه غايه قال شيخ الاسلام علام الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عني فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الالف التي احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فمادفعه لانه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكن استحسن أن أجيزه لأن المأمور بقضاء الدين أمور بشرامع في ذمة الآخر بالدرهم والوكيل بالشراء إذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه اتقاني (قوله ويحتاج الى التقدم من مال نفسه الخ) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن يتفق من مال نفسه فإذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فمما فعل كالوصي إذا قضى دين الميت امان نفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير إذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا في شروح الجامع من المشايخ من قال مسألة كتاب الوكالة في قضاء الدين وليس في قضاء الدين معنى الشراء فور دفيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد في كتاب الوكالة اه (٣٨٦) اتقاني (قوله لانه ليس في معنى الشراء) أما الاتفاق شراء فلم يختلف فيه وجهها

القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى يرجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا اه غايه

باب عزل الوكيل

أمر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها فاناسب ذكره آخر اه غايه (قوله) الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكاله بالخصومة) أى وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى اه (قوله فان الموكل لا يملك عزله) أى بلا رضا الخصم لئلا يلزمه ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام على بن محمد علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وإذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى

بالشراء يملك التقدم من مال نفسه ثم يرجع به على الآخر وهذا لانه لا يستحب دراهم الآخر في كل مكان ويتفق له ما أمره به من غير قصد في شتره له ويحتاج الى التقدم من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا للغرض الآخر ونفيا للمخرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس في معنى الشراء في القياس يكون متبرعا لان أمره كان مفيدا للمال المدفوع اليه ففي دفع مال آخر هو كالا جني فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه ويرد على المطالب ما أخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآخر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالكين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يتلى بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ايا أخذه من مال الآخر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لخدمة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

باب عزل الوكيل

اعلم أن الموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكاله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطالب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سيده اعتمادا على أنه يملك من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطالب لما فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطالب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطالب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله في الصحيح لان المرأة لاحق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيل

شاء لان التوكيل استنباه فاذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك الا في خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد أخذ حقه حتى جعل له وكيلا في الخصومة فلا يكون له أن يخرج به الا بمحض من الخصم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وصورته أن يقول اني أخاف أن تغيب فوكل وكيلا ان غبت أحاصمه فيقضى لي عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد بن أحمد الاسيحي في شرح الطحاوي والموكل أن يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا انما يتعلق بوكالته حق الغير فأما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضامن له الحق كما لو رهن ماله عند رجل يدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل المرتين أو العادل مسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزل المدعى وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى فلا يعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اه اتقاني (قوله أو كانت من جهته) أى بان وكل الطالب رجلا بالخصومة فله عزله عند غيبة المطالب اه (قوله وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل الخ) قال قاضي خان رحمه الله في فصل الوقف على القرابات مانعه وقد اختلف نصير بن يحيى

ومحمد بن سلمة في الرجل اذا وكل وكيله على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا تجوز وانما اختلافا لاختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وهذه الوكالة هي التي لا تكون لازمة ويرد عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلية ولو صرح بذلك كان جائزا قال الفقيه أبو جعفر لو صرح بذلك انما تجوز الوكالة في غير الوقف أما في الوقف وان صرح بذلك فانما يبطله صيانة للوقف عن البطلان ثم في غير الوقف اذا جازت الوكالة بهذا الشرط فان أراد أن يخرج عنه عن الوكالة ينبغي أن يقول رجعت عن قولي متى أخرجتك عن الوكالة فانت وكيل (٢٨٧) فيصح رجوعه عن الوكالة المتعلقة ثم يقول أخرجتك عن الوكالة

أه (قوله في المتن وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) قال في المتن في آخر مسائل شتى قيل كتاب الشهادة ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين أه (قوله لانه قد تصرف بعد العزل قبل أن يبلغه) أي بعا أو شراء فتصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيله بالشراء ومن تسليم البيع اذا كان وكيله بالبيع ثم اذا عقد أو سلم ضمن ما تصرف لانه فعلا بعد العزل أه اتقاني (قوله بخلاف الطلاق والعناق والعزل الحكيم) قال الاتقاني بخلاف العزل الحكيم فانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا أه غايه (قوله ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره) يعني العزل قبل العلم لا يصح أصلا والوكيل بالنكاح

لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة وقيل ينزل بقوله كلما وكلت فانت معزول وقال صاحب النهاية عندى أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لا لا ولم تجوز ذلك أدنى ذلك الى تغيير حكم الشرع بمجمل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما دائما الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المتعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذا تصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضي أو السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تتعد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المتعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) وقال الشافعي رحمه الله ينزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لانه والمرء يتقرب باسقاط حق نفسه كالطلاق والعناق وكالعزل الحكيم مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالتسليم لا يثبت حكم التسليم حتى يبلغ المكلف ولان في انعزاله اضراره لانه قد تصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكيم لان العزل فيه حكمي لضرورة عدم الحمل فلا يتوقف على العلم ويستوى في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينزل قبل العلم به حتى اذا أرسله في البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشتري أو جبهه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا ومعبرا كما في النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينزل حتى يبلغه لانه صار أصيلا في حق العبارة وان لم يكن أصيلا في حق الحقوق والرسول ليس بأصيل في شيء ما فافترا وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المبلغ غير مرة فلا نعبد وكذا الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله (وموت أحدهما وجنونه مطبقا وحقوقه مرتدا) يعني تبطل بهذه الاشياء أيضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط في الجنون أن يكون مطبقا أي مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء أي استوعبها لان كثرة كالموت وقبيله كالانحطاط المطبق شهر عند أبي يوسف رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات

وغیره في ذلك سواء أه (قوله وكذا الوكيل نفسه الخ) قال في الخلاصة في الوكالة في الجنس الذي عقده للعزل وفي التوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة فصال رددت الوكالة ينزل وكذا لو لم يقل الموكل رد على الوكالة ولكن الوكيل قال رددت الوكالة وعلم الموكل ينزل أه قلت واستفدتا من هذا أن الوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل فهو على وكالته حتى يعلم الموكل فاذا علم انعزل وهو حينئذ نظير ما اذا عزله الموكل فانه يبقى على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل أه قال في الذخيرة في النصل الثاني في رد الوكالة مانعه وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة أه (قوله في المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا) بسكون الطاء وكسر الباء أي دائم ومنه تسمية الاطباء الحى الدموية اللازمة بالمطبعة أه اتقاني قال النووي رحمه الله في تحرير التيسير المجنون المطبق بفتح الباء أي الذي أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب الحى المطبقة بفتح الباء وهي الغائمة أه

(قوله وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض) أي الموت والجنون واللباق بدار الحرب مرتدا اه قال في التهمة والفتاوى الصغرى وهذا كله في موضع يملك الموكل عزله أما في موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل في باب الرهن والامر باليد للمرأة فإنه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد في الاستيعاب في أوائل كتاب الوكيل كالة من شرح الكافي وإذا وكل الرجل وكيل في خصومة أو بيع أو شراء شيء كان له أن يخرجهم من الوكالة لأن التوكيل صرح بحق الموكل فكان له إبطاله فان لم يخرجهم حتى ذهب عقل الموكل زمانا دأبنا فقد خرج الوكيل من الوكالة لأن بقاء النيابة يستدعي بقاء أهلية المتوب عنه فقد بطلت وهذا في شيء يقبل العزل فأما في شيء لا يمكن عزله فلا يبطل مثل الامر (٢٨٨) باليد وما أشبهه لأن هذا تصرف لازم لا يحتاج إلى التجديد فلا يشترط بقاء

الأهلية بخلاف التصرف الجائز لأنه يتلشى في كل ساعة فاعتبر بقاؤه أهلا اه اتقاني قال قاضيان في فتاواه رجل وكل رجلا بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن إذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه لا ينعزل العدل اه (قوله) وردتها لا تؤثر في عقودها) لأن المرتدة لا تقتل عندنا لأن علة القتل الحراب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب اه غاية (قوله) ولا يعود وكيل عند أبي يوسف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاستيعاب في شرح الكافي في أول الباب من كتاب الوكالة ثم تقدمت مدة اللحاق بأقل من سنة قال ان بقي أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لا يبقينها على

وعند محمد رحمه الله تحول كامل وهو الصحيح لأنه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لأن استمراره حولامع اختلاف فصوله آية استحكامه أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد بلحاظه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحما كم يلحقه لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحما كم فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع وأما قبل ذلك فموقوفه عند أبي حنيفة رحمه الله لأن تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذت وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا إذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما إذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا إذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لأنه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وإن كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لأنه بالردة خرج من أن يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزا إلى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحما كم يلحقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لأنها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردها لا تؤثر في عقودها إلا إذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لأنها لا تملك أن تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجهما وكيماها ولو وكلت وكيلها في حال ردها فزوجهما بعدما أسلمت صح كالمعتدة إذا وكلتوكيلا بان يزوجهما فزوجهما بعد انقضاء عدتها بخلاف ما إذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن يزوجهما لأن ارتدادها إخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وإن عاد لم يرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلها فهو على وكالته عند محمد رحمه الله ولا يعود وكيل عند أبي يوسف رحمه الله لأن قضاء القاضي يلحقه بمنزلة مونه ولهذا لا يعود ملكه في مديريه وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت وهذا لأن التوكيل إثبات ولاية التنفيذ لأن أصل التصرف يملكه بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا أهلية له وجه قول محمد رحمه الله أن الوكيل يتصرف بمكان فائمه به والعجز يعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاقا فإذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيله لبقاء تلك المعاني وهو العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لأن صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فإذا زال صار كأن لم يكن فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة مالوأنحى عليه زمانا ثم أفاق وإن كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد أنه يعود كما قال في الوكيل لأنه إذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد

احتمال أن يعود فاما إذا بقي أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لأن احتمال العود قد بطل بالحول ظاهر أو غالبا تعلقت

فصار كالجنون إذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة وإذا استوعب السنة تبطل إلى هنا لفظه رحمه الله في شرح الكافي اه غاية (قوله وباللحاق لحق بالاموات الخ) والوكالة لا تبقى بعد الموت فبطل والباطل لا يعود بخلاف أملا كفاتم فائمه بعد الموت بخلاف أن تعود ولأن اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فإذا طرأ عليها أبطلها كالجنون اه غاية (قوله وجه قول محمد) أي وجه قول محمد أن عدم نفاذ تصرف الوكيل في دار الحرب لا باعتبار أنه انعزل بل باعتبار أن الامر لم يتناول تلك البقعة كن قال لغيره بيع ثوبين يغدا فأخرجهم منها لم يجز بيعه فإذا عاد جاز بيعه فكذلك ههنا اه غاية (قوله وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة) بالاتفاق وهذا هو المشهور اه غاية .

تعلقت الوكالة بتقديم ملكه فيعود الوكيل على وكأنه والفرق له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه برده ولحقه فبطلت الوكالة على البتة بخلاف رد الوكيل فإن ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وإنما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله (واقتراق الشريكين) أي تبطل الوكالة باقتراق الشريكين وإن لم يعلم الوكيل به لأنه عزل حكى والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالاقتراق عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لأنها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل بطلانها إذا لم يكن مصرحاً بها وفيه اشكال من حيث إنه لا يصح أن يفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لأنه عزل قصدي فكيف ينصور أن ينعزل بدون علمه ويمكن أن يحمل على ما إذا هلك المالان وأحدهما قبل الشراء فإن الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علم بذلك أو لم يعلم لأنه عزل حكى إذا لم تكن الوكالة مصرحاً بها عند عقد الشركة على ما ينافي كتاب الوكالة والثاني أن أحدا الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف في المال جاز على ما عرف فلو اقترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرح بالاذن في التوكيل قال رحمه الله (وعجز موكله لومكاتب وجرد لوماذونا) معناه لو كان الموكل مكاتباً أو عبداً ما ذونا له في التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وجرد العبد علم بذلك أو لم يعلم لأن بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لأن العقود التي لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء قيام الأمر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والجرد فتبطل الوكالة ويستوى فيه علم الوكيل وجهله لأن البطلان حكمي كما إذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل فيه هذا إذا كان وكيله في العقود والحصومات وأما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بعجز المأذون له لأن العجز أو الجرد يوجب الجرد عليه من إنشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الجرد عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذلك لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فإن كوتب بعد ذلك أو أذن للعجز عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لأن صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والجرد بعد الوكالة فلم يعد الكتابة الثابتة والاذن الثاني ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لأن ذلك جرد خاص والاذن في التجارة لا يكون إلا عاماً فكان باطلاً ألا ترى أن المولى لا يملك تنهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذلك لا ينفذ فعله الحكمي فيه قال رحمه الله (وتصرفه بنفسه) أي تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لقوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يديره أو يكاتبه وإن لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصل حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلثاً أو واحدة فانتقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها لتحقيق عجز الموكل عن الإيقاع بانقضاء العدة فكذلك الوكيل وإنما تمكن من الإيقاع بعده بسبب جديده ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فالوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امرأة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوجه أبداً لأن الحاجة قد انتقضت بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم أبانها حيث يجوز له أن يزوجه من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الإيقاع وإن لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لأن الخلع بعد الخلع لا يصح فتنذر التصرف على الوكيل بخلاف ما إذا وكله أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت في العدة لأن طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكراته والأصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادراً على الإيقاع كان وكيله أيضاً قادراً

(قوله والفرق الخ) كما قالوا
فمن وكل رجلاً ببيع عبده
ثم باعه الموكل انعزل الوكيل
فإذا رد على الموكل بعيب
بقضاء عادت الوكالة
لأن الملك الأول عاد فعاد
حقوقه اه غايه (قوله تبطل
الوكالة باقتراق الشريكين)
يعني أحداً شريكي العنان
أو المفاوضة (قوله فالوكيل
أن يطلقها أخرى لبقاء
المحل) بخلاف ما إذا أطلقها
بنفسه ثلاثاً حيث لا يكون
للكيل أن يطلقها بعد ذلك
لأن العدة ولا بد منها اه
اتقاني (قوله حيث يجوز
له أن يزوجه من الموكل
لبقاء الحاجة) ولو ارتدت
ولحق بدار الحرب ثم سبيت
وأسلمت فزوجه أياه
الوكيل جاز في قياس قول
أبي حنيفة ولم يعجز في قول
أبي يوسف ومحمد لأنها صارت
أمة ونكاح الأمة ليس
بمعهود وغير المعهود خارج
عن مراد المتكلم عندهما
اه غايه

(قوله ولو و ك له يبيع شي فباعه الموكل (٣٩٠) ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية الخ) قال في الفنية في مسائل متفرقة من كتاب

الوكالة وكله بأن يؤجر داره
ثم أجرها الموكل بنفسه
ثم انقضت الاجارة يعود
على وكالته اه (قوله ولو
وكله بأن يزوجه امرأة
معينة الخ) قال في الفنية
في باب الوكالة في الطلاق
والنكاح بعد أن رقم لشرح
المرخصى له الزوج فوكلت
رجلا بأن يزوجه من نفسه
فلما طلقها وانقضت عدتها
زوجها الوكيل من نفسه
جاز قلت فقد صح توكيلها به
مع عجزها عنه وقت التوكيل
اه (قوله جاز الوكيل أن
يزوجه من الموكل) لانه
أمره بالنكاح اياه وهو
متصور بواسطة الموت
وانقضاء العدة فانصرف
التوكيل اليه وصار كانه نص
على اضافة التوكيل الى تلك
الحالة والوكالات مما تقبل
التعليق والاضافة الى زمان
في المستقبل اه غايه

كتاب الدعوى

لما كانت الوكالة بالخصومة
من أنواع الوكالات
وهي سبب ادع الى الدعوى
والخصومة فاسب ذكر كتاب
الدعوى عقيب كتاب الوكالة
لان المسبب يقتضى سابقه
السبب اه اتقاني (قوله
في المتن هي اضافة الشيء الخ)
هذا ركنها لان ركن الشيء
ما يقوم به الشيء والدعوى
انما تقوم باضافة المدعى الى

على الايقاع فتدق الوكالة على حالها وما لا فلا ولو و ك له يبيع شي فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون
فسخا كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو فساد يبيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه
القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة
لا تعود الوكالة لانه يبيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالته تعلق بالملك الاول وهذا ملك جديد
بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله أن يبيعه ثانيا كما
اذا كان البائع هو الموكل فردد عليه بذلك ولو و ك له يبيع شي فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل
أن يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو و هبه الوكيل
فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع
لان الوكالة بالبيع لا تنقضي مباشرة المبيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد وينصرف
فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة فائمه جاز له أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضي
بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد
ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو و ك له يبيع عبده فأسره العدو وأدخله في دارهم
ثم رجع الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذ من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة من
وقع في سهمه من الغنمين فهو على وكالته لانه بالاختصاص هذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة
متعلقة به فاذا عادت الوكالة ولو و ك له باعتق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحق بدار
الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد غير الاول بسبب جديد ولو و ك له بأن يزوجه
امرأة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها وطلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل أن يزوجه من الموكل
لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو و ك له بأن يزوجه امرأة معينة فارتدت
والعياذ بالله ثم أسرت وأسلمت جاز للوكيل أن يزوجه اياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لما بناء على
أن تسمية المرأة مطلقا تنصرف الى الحرية عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الامة ولو و ك له
بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسله فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

كتاب الدعوى

قال رحمه الله (هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعوا الشيء الى نفسه في حالة
الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى واليمين على من أنكر
لان كل واحد من البيعة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه اذا كان ثمنا زاع وهي في اللغة
عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة مأخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا
اذا أضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأذبة وقبل الدعوى في
اللغة قول يقصده الانسان انما يجب الشيء على الغير الا أن اسم المدعى يتناول من لا حجة له في العرف ولا
يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعىا قبل إقامة البيعة وبعدها يسميه محقلا مدعىا ويقال
لمسألة الكذاب لعنه الله مدعى النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعى النبوة
لانه قد أثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس مصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال وألف
دعوى التأنيث فلا يتون وجعها دعوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول
مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا تصح

نفسه فكان ركا اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون الاحال المنازعة لاحال المسألة اه (قوله يقصده
الانسان انما يجب الخ) لانه يضيفه الى نفسه فيقول اني اه غايه (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أو نعم) أي فإذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعي بأقرار المدعي عليه وإن قال لا يقول القاضي للمدعي أنه قال لا يقول لك عينه
فإن طلب المدعي عينه استخلفه فإن حلف برئ عن الدعوى وإن نكل لزمه الدعوى اه غايه (قوله في المتن والمدعي من اذترك الخ) قال
الاتقاني وقال بعضهم صورة ذلك هو أنه إذا تردد دعواه ترك والمنكر هو الذي إذا ترك دعواه لا يترك اه (قوله كالمودع الخ) سيما في قبيل
قوله ولو اقتدى المنكر عينه أن المودع إذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات اه (قوله وهو مسكر للوجوب) أي
لوجوب الضمان لأنه يتمسك بالأصل إذا الأصل في الذم البراءة اه (قوله وسبب (٢٩١) وجوب الخ) لأن أحكامه لا يكون تختلف
باختلاف أسبابها فإنه إذا

كان بسبب السلم يحتاج إلى
بيان مكان الإبقاء ليقع
التحرز عن الاختلاف ولا
يجوز الاستبدال به قبل
القبض وإن كان من مبيع
يجوز الاستبدال به قبل
القبض ولا يشترط بيان
مكان الإبقاء اه كأي
(قوله لفسادها) ولا نعلم فيه
خلافًا إلا في الوصية فإن
الأئمة الثلاثة يجوزون
دعوى المجهول في الوصية
فإن ادعى حق من وصية أو
أقرار فأنهما يصحان بالمجهول
ويصح دعوى الأقرار بالمجهول
بلا خلاف ولا يشترط
سماع الدعوى المخالطة
والمعاملة ولا فرق فيه بين
طبقات الناس وعن مالك
لا تسمع دعوى الدنيء على
الشريف إذا لم يعرف بينهما
سبب اه كأي (قوله
في المتن فإن كان عينا) قال
الاستروشن في فصوله في
الفصل التاسع إن الدعوى
لا تخلو إما أن تقع في الدين
أو في العين فإن وقعت في
العين فلا تخلو إما أن كان

في غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعي عليه جوابه وأن يكون الخصم حاضرًا حتى لو ادعى على غائب
لا يجاب وأن يكون المدعي شيئًا معلومًا يمكن إثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم به حتى لا يجب
الجواب على المدعي عليه إذا كان المدعي مجهولًا وحكمها وجوب الجواب على الخصم إذا صحت وترتب
على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم وإقامة البينة والمين إذا أنكر قال رحمه
الله (والمدعي من اذترك ترك والمدعي عليه بخلافه) أي لا يترك إذا ترك بل يجبر هذا المعرفة الفرق بينهما
وهي من أهم ما ينبغي عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حقه فنهاماد كرها وهو
حد صحيح لكونه جامعًا للمحدود ما نعلم من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الإجابة كالتحارج
والمدعي عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعي
عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات فلا يصح حصرهما بالتكلم في النفي
فإن التحارج لو قال لذي اليد هذا الشيء ليس لك لا يكون خصمًا ومدعيًا لم يقل هو لي والمدعي عليه من
يشتمل كلامه على النفي فيمكنني به منه فإن ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصمًا بهذا القدر وقوله هو لي
فضله في الكلام غير محتاج إليه وقيل كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في
يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعي عليه وكل من شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من شهد بما في
يد نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في الأصل المدعي عليه هو المنكر والآخرو المدعي وهذا صحيح
غير أن التمييز بينهما يحتاج إلى فقه وحكمة كما إذا العبرة للعنى دون الصورة فإنه قد يوجد الكلام من شخص
في صورة الدعوى وهو إنكار في المعنى كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإنه مدع للرد وصورة وهو منكر للوجوب
معنى فيحلفه أنه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على أنه ردها لأن المين تكون على النفي ليحقق الإنكار
لأنه ينكر الوجوب عليه والأصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين إذا ادعى قضاء الدين
أو براءة الطالب فإن القول للطالب مع أنه يدعي شغل ذمته والمدين البراءة لا نقول لما اتفقنا على وجوب
الدين صار الشغل هو الأصل والمدين بدعواه الإبقاء أو الأبرار صار مدعيًا بخلاف الأصل والطالب ينكر
فكان القول له أو نقول إن المودع أمين فيكون القول قوله في وضع الأمانة موضعها كما في القاضي وأمينه
وكالمطلقة إذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئًا علم جنسه
وقدره) لأن فائدتها الإلزام بواسطة الأشهاد ولا يتحقق الأشهاد ولا الإلزام في المجهول فلا يصح ولا يجب
الجواب على الخصم فإذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها
أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب والمين وإقامة البينة
ولزوم احضار الشيء المدعي إن لم يكن دينًا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما يجب
إذا صحت لقوله تعالى وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ألحق الوعيد عن امتنع
عن الحضور بعدما طول به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فإن كان عينا في يد

عقار أو منقول أو كان منقولًا فلا تخلو إما أن كان قائمًا أو هالكًا فإن ادعى منقولًا قائمًا فإن أمكن احضاره مجلس الحكم فالقاضي
لا يسمع دعوى المدعي ولا شهادة شهوده إلا بعد احضاره ما وقع فيه بشير إليه المدعي والشهود لتقطع الشركة بين المدعي وغيره قال شمس الأئمة
السرخسي ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضي بالخيار أن شاء حضر ذلك
الموضع لو تيسر له ذلك وإن كان لا يتبأله الحضور وكان مآذونًا بالاستخلاف يبعث خليفته إلى ذلك الموضع وهو تطير ما إذا كان القاضي في
داره ووقعت الدعوى في جبل ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج لبشير إليه الشهود بحضرته وفي القدوري

إذا كان المدعى شيئاً يعذر به كالحرق فالحاكم بالخيار أن شاء بعث أميناً كذا ذكره في الذخيرة وذكره القاضي الإمام ظاهر الدين وهذا إنما يستقيم إذا كان العين المدعى في المصراً ما إذا كان خارج المصراً كيف يرضى القاضي به والمصير شرط بل هو الرضا في ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى وأنينة ويقضى ثم بعد ذلك يرضى قضاؤه اهـ (قوله وكذا في الشهادة والاستحلاف) يعني إذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استخلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها اهـ غاية وكتب مانصه قال الاتقاني ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب إحضار العين المدعاة لمجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت متقولة قائمة في يده حتى يشير المدعى أو الشهود إليها أو يشير إليها المدعى عليه عند الاستحلاف اهـ (قوله ذكر قيمتها) أي ذكر المدعى قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لأن عين المدعاة تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لأنها شيء تعرف العين الهالكة به اهـ (قوله لأن غير المقدور) أي المقدور بالكيل أو الوزن اهـ (قوله يشترط مع ذلك) أي مع بيان قيمتها اهـ (قوله ذكر الذا كورة) وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ (قوله فلو كلف بيان القيمة لتضرربه) قال الكاكي وفي المجتبى قال لا سيما في مسألة سرقة البقرة لو اختلفا في لو أنها تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما وهذه المسئلة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى إذ لو شرط لا حضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون اهـ (قوله في المتن وإن ادعى عقاراً الخ) ذكر هنا فصولاً ثلاثة الأول تحديد العقار وهو بيان حدوده والثاني ذكر المدعى في يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه بالمدعى أما الفصل الأول فنقول إنما شرط التحديد لأن الدعوى لا تصح في الجهول والعقار لا يعلم إلا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال في شرح الاقطع لو وقعت الدعوى في غير (٣٩٣) محروم ولم تصح حتى يحضر الحاكم عند الأرض فيسمع الدعوى على عينها ويشير

الشهود إليها بالشهادة قال في شرح أدب القاضي يجب على المدعى وعلى الشهود الإعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن في الدار البلدة ثم المحلة التي فيها الدار في تلك البلدة ثم بين حدود الدار لأن التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولاً الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو

المدعى عليه كلف إحضارها يشير إليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف) لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالإشارة بعد الإحضار فيما يمكن إحضاره من المنقول وإن لم يمكن كالرعي حضره الحاكم أو بعث أمينه قال رحمه (وإن تعذر ذكر قيمتها) أي إن تعذر إحضار المنقول بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لأن غير المقدور لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير إليها لأنها هي المدعاة في هذه الحالة لصيرورتها ديناً في الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك في الحيوان ذكر الذا كورة والاثوثة وإن لم يبين القيمة فقال غصب مني عينا كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته قال في لكافي ذكر في عامة الكتب أنه يسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرربه وعزاه إلى القاضي فخر الدين وإلى صاحب الذخيرة وإذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضاً بل أولى لأنهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وإن ادعى عقاراً ذكر حدوده) لأنه تعذر تعريفه بالإشارة لتعذر نقله إلى مجلس الحكم فتعين التحديد إذا العقار يعرف به

الأخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الأربعة ليحصل التعريف والإعلام بأقصى ما يمكن قال فإذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضي وقضى به وقال الاستروشن في الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الإمام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندي في شروطه إذا وقعت الدعوى في العقار لا بد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيار القول بمحمد بن الحسن فإن المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم إلى الأخص وقال أبو زيد البغدادى يبدأ بالأخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذ كر الجدة فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى إلى ما هو الأبعد لكن ما قاله محمد بن الحسن أحسن لأن العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لأن الأعم اسمها فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والارتقى إلى الأخص فيقول ابن محمد هذا أخص فان عرف والارتقى إلى الجدالي هنا لفظ الفصول وقال في هذا الفصل أيضاً في موضع آخر ذكر في الذخيرة إذا ادعى محدوداً في موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ماء وكرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة تحكي فتوى شمس الأئمة السرخسي أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكي فتوى شمس الإسلام الأوزجندی أن المدعى إذا بين المصرو المحلة والموضع والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة في المدعى وكان ظاهر الدين المرغيناني يكتب في جواب الفتوى لو سمع قاض هذه الدعوى تجوز وقيل ذكر المصرو القرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين أنه لا بد أن يكتب بأى قرية وبأى موضع لترفع الجهالة إلى هنا لفظ الفصول اهـ اتقاني وكتب على قوله عقاراً مانصه قال الاتقاني العقار بالفتح الأرض والصياغ والتخل

ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم للعروة المبنية والضبعة اسم للعروة لا غير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره) كأي حنيقة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري اه (قوله في المتن وأنه يطالب به) يعني اذا كان المدعي دينالا عينالا يشترط فيه الاحضار الى محاسن القاضي كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار انما يشترط ثمة ليمتاز المدعي من غيره بالاشارة التي عند الدعوى والشهادة وعند استخلاف المدعي عليه لان العين قد تشترط مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا يقطع الشك ما لم تكن اشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن إعلامه باشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها ان لم تكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة على الديون تقبل بلا اشارة اليها بل لا بد من بيان الجنس والقدر والوصف والى هذا اشار القدوري عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذ كر شيئا معلوما في نفسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعا ولكن ان كان نقليا فاعلم بعينه يشترط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتقاني (٣٩٣) وفروع في التمه لواء حدينا في

التركة وقال كل التركة في يد هذا بخلاف واحد بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه وقيل بخلاف عيني على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمعوا أن المدعي به ما قامه اليه بخلاف أنه ما استوفاه ولا أبرأه وان لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الولوالجي في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى ديناً في التركة وأقام اليه فان القاضي يحلفه بالله ما استوفيته ولا شيئاً منه وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعي حقاً في تركة وأثبتته بالبينه فانه يحلف

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أي كفي ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الأربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا أن لا أكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكر واحد واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضاً لانهما يصير معلوما للقاضي قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أنسابهم ليميزوا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذكر الجذآن لم يكن مشهورا) أي لا بد من ذكر كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال رحمه الله (وأثبت في يده) أي وكر أن العقار في يده لان المدعي عليه لا يكون خصماً الا اذا كان العتار في يده فلا بد من إثباته قال رحمه الله (ولا ثبت اليد في العقار بتصادقهما بل بينة أو علم القاضي بخلاف المنقول) أي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه أن العقار في يد المدعي عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعاً فيه ليكون له ما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من إقامة البينة فيه أو علم القاضي لتنتفي تهمة المواضع بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأثبت يطالب به) أي ذكر للقاضي انه يطالبه بالشئ المدعى لان القاضي لا يعلم لما اذا ذكر حقه عنده فبذكره أنه طالب بتبني له فلا بد من التنبية عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضي انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لالانشاء فاذا بين طلبه أجابه والا فلا لاحتمال أن يكون عنده برهن أو ودعة أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول أن يقول هو في يده بغير حق قال رحمه الله (وان كان ديناً ذكر وصفه وأنه يطالب به) لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبيح

من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناصبي رحمه الله في أدب القضاء ما لم يخصه رجل ادعى على ميت شيئاً أو أقام البينة على وارث واحد أو على الوصي فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه بدليل انه لو أقام البينة على رجل للميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبدليل أنه ان يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصماً في الجميع قبلت بينته في ذلك وكذلك الوصي لان الوصي خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها خصم فوجب أن تقبل وان أقام البينة على غريم أو موصي له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثاً أو وصياً لان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصماً فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغاراً نصب لهم وصياً ويجوز اثبات الحق المدعى على الميت عليه لان القاضي يولي عليهم قصار كالأب والأب أن ينصب عليهم وصياً كذلك هذا ولان ولاية القاضي أبسط من ولاية الوصي والوصي أن يقيم غيره مقامه كذلك للقاضي أن ينصب لهم وصياً ثم انا فاع المال الى الغريم استخلفه القاضي بالله ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيئاً منه من فلان بن فلان ولا من أحد أدامه اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا أبرأ منه ولا عن شيء منه ولا حظ

عنه من ذلك شيئا ولا احتال به ولا بشىء منه على أحد ولا حال بذلك ولا بشىء منه على فلان الميت ولا رتب من ذلك ولا بشىء منه على فلان الميت فاذا حلف دفع المال لان الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستخلفهم وكذلك السيل فيما يدعى في يد الميت من ضبعة أو عقار اه قال قاضيان آخر كتاب (٢٩٤) الوصية قال أصحابنا ان الرجل اذا ادعى ديناً على الميت وأبنته بالينة فان القاضي

يحلفه بالله ما استوفيت منه شيئا ولا أبرأته يحلفه على هذا الوجه نظر الميت والوارث الصغير وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقله نظرا للميت الخ يفيد أن التحليف واجب والله الموفق اه (قولا والا يحصل للحالف الثواب سياقى عند قوله في المتن ولا يستخلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضا اذا أقام المدعى الخ) قال الاتقاني وعند الشافعي يقضى بيمين المدعى في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الحجاز جميعا أحدهما اذا أبى المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعى فان حلف يقضى عليه بما ادعى وان أبى عن المنازعة والثاني اذا أقام المدعى شاهدا واحدا ولا يمكن له شاهدا آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضى بيمين المدعى أصلا في الفصل الاول يقضى بنكول المدعى عليه وفي الفصل الثاني يحلف المدعى عليه فان نكل يقضى به اه (قوله في المتن ولا ينة لذى اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد ينه من قبل قال رحمه الله (فان صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء ان ثبت حقه لان القضاء بالينة يخالف القضاء بالقرار وهذا لان الاقرار حجة ملازمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بانطرح عما لزمه بالقرار بخلاف الينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فان أقر أو أنكر فبرهن المدعى قضى عليه) لوجود الحججة الملازمة للقضاء قال رحمه الله (والاحلف بطله) أي وان لم يكن للمدعى ينة حلف المدعى عليه اذا طلب المدعى عينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعى ألك ينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك عينه فقال يحلف ولا يبالى فقال عليه الصلاة والسلام ليس لا هذا شاهد الذأ أو عينه فصار اليمين حقا له لضافته اليه بلام التملك وانما صار حقا له لان المنكر قصده ان يبرأه حقه على زعمه بالانكار فكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغش وان كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا تردعين على مدع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعى وتطهيره قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام الينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسم تنافي الشركة وفيه الف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق الينة واليمين وهذا لا تقبل ينة ذى اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى وليس كذلك بل كل واحد منهما مدع ومنكر لانه يقول هو لى ويقول لصاحبه هو ليس لك لا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والتي يدخل ضمنا وتعا ومقصود ذى اليد تنفيه ولهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو لى ويقول ذى اليد ليس لك فالأول هو المعتبر يسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدى دون الضمنى وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعى ينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل رد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فتعتبر بيمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر بيمينه وقال أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بيمينه بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روى بنا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روى بنا ولا يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكر ما روى فضلا أن يكون معارضا للشاهدين ولا يمتثل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بيمينه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولتن سلم انه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه عين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به عين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى عين المنكر عملا بالشاهدين قال رحمه الله (ولا ينة لذى اليد في الملك المطلق وينة الخارج أحق) أي لا تقبل ينة ذى اليد في الملك

أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بان يقول هذا ملكى ولم يقل هذا ملكى بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا المطلق لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنقي ولا بالاثبات وجه قول الشافعي أن الخارج وذا البدن ساويا في الينة وانفرد ذى اليد باليد فكان أولى اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو عبدا أو حرا أو امرأة أو رجلا والمدعى به أى مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام الينة على المدعى واليمين على من أنكر اه

(قوله وان اقامينة فيينة الخارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن ينة ذي اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفريع وقول أحمد بن محمد بن حنبل كقولنا كذا في (٢٩٥) الخرق اه اتقاني (قوله لان اليد

لا تدل على هذه الاشياء) أي كما تدل اليد على النتاج فكانت ينة ذي اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت اليد اه اتقاني (قوله في المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علموا نارضى الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال اه (قوله ويجوز ان نكلون اللام في قوله وقضى له بمعنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله والضمير المستتر في قوله نكل راجعين للمدعى عليه وعلى الاول فضميره راجع للمدعى وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله اول اجل التورع عن اليمين) قال الاتقاني ولان النكول عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والقرع عن اليمين الفاجرة والتورع لاشتباه الامر والاحتمل لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضي الله عنه) أي حين ادعى عليه المقداد ما لا عند عمر رضي الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم) قال الاتقاني ولنا إجماع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبا بكر المدعو

المطلق وان اقامينة فيينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله ينة ذي اليد أولى من ينة الخارج لتأكدها باليد فصارت كما اذا اقاما اليانة على النتاج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهما فانه يكون أولى ولو ادعى أمة وادعى كل واحد منهما انها أمته وبرها وأعتقها أو استولدها وأقاما ينة كان ينة صاحب اليد أولى ولنا أن البيئات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مينة مظهرة لكنها أخذت حكم الاثبات لما ألتا علم لنا به اذا الاحكام ثبتت بأسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان بينته أكثر اثباتا لانه بينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهريه وذو اليد لا يستحق على الخارج بينته شيئا لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقد ما أثبتته ينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهريه الا ترى أن من رأى شيئا في يد انسان جازله أن يشهد بأنه له واذا نازعه أحد في الملك بغير ينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيئا لم يكن وأما ينة الخارج فانها أثبتت شيئا لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذا البيئات للاثبات بخلاف مسألة النتاج فان ينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع ينة الخارج لانها تقوم على أولية الملك وأولية الملك لا تثبت الا أحدهما فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة لدفع ينة الخارج فوجدنا التعارض بين البيتين فترجحت ينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان ينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها ينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع ينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاحتيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البيتين مثبتا فتعارضتا فترجح ينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لافي الملك بسبب لان فيه ذا اليد أولى بالاتفاق اذا كان سبب لا يتكرر في الملك على ما يجي ببيانه في موضعه ولا يقال انهما لم يذكرا سبب الملك بأن ادعى كل واحد منهما انها امرأته ولم يذكرا السبب كان الحكم كذلك فبطل ما ذكرتم لاننا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى السبب الا ترى انهما لو اختلفا في ولا متخص وأقاما اليانة كانت ينة ذي اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعى واليانة ينة المدعى بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل ينة ذي اليد ما لم يكن مدعى بدعوى السبب قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا أحلف أو سكت) أي قضى للمدعى ان نكل المدعى عليه مرة صريحاً بقوله لا أحلف أو دلالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أي قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أي فعلها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعى اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله تعالى عنه انه حلف المدعى بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكونها تظاهريه شهد له فاذا نكل هو كان تظاهريه شاهد المدعى فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل أن يكون لاجل اشتباه الحال أو لاجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله تعالى عنه فانه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافق قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين وروى عن علي أيضا أنه وافق إجماعهم

بخواهرزاده قال في مبسوطه روى عن عمرو بن عثمان وعلي وعبد الله بن عمرو بن عباس وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهم أنهم قضوا بالنكول روى ذلك عنهم بالفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فقل محل الإجماع اه

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقاني ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبي حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبه فلو لا ذلك حلف المدعي عليه عملا بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو اقرارا بذل أو اقرارا على القاضي المحكم بذلك فكذلك اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لا نقول لا يعتبر التكرار شرط في النكول على ما ذكر محمد في الاصل ولئن سلمنا أن التكرار شرط على ما ذكره الحنفية فنقول لا يمنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق كاليمين مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا في الحدود والواجبة لله تعالى فانه اذا أقرتم (٣٩٦) رجع يقبل بخلاف الاقرار بمجد القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

لتعلق حق العبد اه (قوله
بذلا) أي حق المدعي عند
أبي حنيفة اه (قوله أو مقرا)
أي بحق المدعي عندهما
اه (قوله لما روينا من أن
اليمين على المنكر) بيانه أن
النبي صلى الله عليه وسلم
جعل اليمين على المنكر لقدم
العهد فمن قال بردها على
المدعي كان ذلك منه ردا
لحكم الحديث وهو فاسد
اه اتقاني (قوله حكم عليه
اذا علم الخ) اعلم أن الروايات
اختلفت فيما اذا سكت المدعي
عليه بعد عرض اليمين عليه
ولم يقل أحلف فقال بعض
أصحابنا اذا سكت سأل
القاضي عنه هل به نرس
أو طرش فان قالوا لا جعله
نا كلا وقضى عليه ومنهم
من قال يجبس حتى يجيب
والاول هو الصحيح كذا في
شرح الاقطع والخرس آفة
بالسان تمنع الكلام أصلا
ويقال طرش بطرش طرشا
من باب علم أي صار أطروشا
وهو الاصم اه اتقاني

فانه روي عن شريح أن المنكر طلب منه ردا اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي على رضى الله عنه فقال له على رضى الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرومية أصبت وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أن امرأته ادعت عنده على زوجها أنه قال لها اجعلك على غاربك خلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما وهو مذهب أبي موسى الأشعري ولان النكول دل على كونه بذلا أو مقرا اذ لو لا ذلك لأقدم على اليمين أداء الواجب ودفع الضرر عن نفسه فترجعت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يرفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستعمل حتى ينكشف له الحال فتعين أن يكون لأجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روينا من أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا ناديا) أي عرض القاضي اليمين على المدعي عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة اني أعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه إعلامه الحكم لانه موضع خفاء لا اختلاف العلماء فيه لان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش ونرس وعن أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا يتقدم والصحيح أنه يتقدم والعرض ثلاثا مستحب وهو تطهير امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذا هذا ما بالغه في الانذار ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لان الاعتبارين قاطع الخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعي عليه فالمدعي على دعواه ولا يطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يجاسمه ما لم يقيم البينة على وفق دعواه فان وجد بيته أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترج جانب صدقه باليمين فلا تقبل بيته المدعي بعد ذلك كما يترج جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا يعتبر بين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشيء أصلا لان عمر رضى الله تعالى عنه قبل البينة من المدعي بعد بين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين القابضة أحق أن ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر بأقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يبحث في عينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعي عليه فانكر خلف ثم أقام المدعي البينة ان له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصاب لها على أن المدعي لو حلف فالمدعي عليه ضامن للبال وحلف فالصالح باطل ولا شيء على المدعي عليه قال رحمه الله (ولا يستخلف في تكاح ورجعة وفي مواساة ولا دورق ونسب

وكتب مانه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء مانه وفي الاقضية رجل ادعى على آخر وولا
مالا فلزمه السكوت فلم يجب أصلا يؤخذ منه كقيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به بحضور مجلس الحكم فان سكت ولم يجب ينزل منزلة منكر قال الامام السرخسي هذا قوله ما أعند أبي يوسف فيجب حتى يجيب اه (قوله وعند محمد رحمه الله لا يظهر) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب خلف ثم أقام بيته يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعي بيته على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الابراء والايفاء كذا في الفصول اه (قوله في المتن ولا يستخلف الى قوله وولا) قال صدر الشريعة اعلم ان في هذه الصور لا يستخلف عند أبي حنيفة وعندهما يستخلف وصورتها

ادعى الرجل النكاح وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بقاء الطلاق وانقضاء العدة الرجعة في العدة وأنكرت المرأة أو بالعكس أو ادعى الرجل بعد انقضاء مدة الإيلاء التي في المدة وأنكرت المرأة (٣٩٧) أو بالعكس أو ادعى الرجل على مجهول

النسب أنه عبده أو ولده وأنكر المجهول أو بالعكس أو اختصما في ولاء العنافة أو ولاء المولاة على هذا الوجه أو ادعت الامة على مولاه أنها ولدت منه ولما أوادعها وقدمات الولد ولايجرى في هذه المسئلة العكس لان المولى اذا ادعى ذلك تصير أم ولد باقراره ولا اعتبار بانكار الامة اه (قوله في المتن وحد ولعان) كما اذا ادعى على آخر أنك قدفتي بالزنا وعليك الحد لا يستخلف بالاجماع وكذا اذا ادعت المرأة على الزوج أنك قدفتي بالزنا وعليك اللعان اه صدر الشريعة سيأتي عند قوله في المتن ويستخلف السارق الخ حاشية نافعة هنا فراجعها والله الموفق (قوله قال القاضي الامام خفر الدين) المراد به قاضخان كذا في شرحي الجمع وغيرهما اه (قوله يستخلف المنكر في الاشياء الستة) النسب والاستيلاء على واحد فلذا قال في الاشياء الستة اه لكن الشارح بعد قوله في الشرح ومعنى البذل الخ قال بخلاف الاشياء السبعة (قوله ولا يجوز بذله) اذا البذل انما يكون في الاعيان اه

وولاء وحد ولعان وقال القاضي الامام خفر الدين) رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه يستخلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدّها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستخلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز عن لايجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولايجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضي بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب وكذا يجب القصاص به فيمادون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لم يصح ولا يجب فتعين أن يكون مقرا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحودود واللعان ألا ترى أنها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا يكاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولو لا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقلة يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وإيثار الرجوع الى الحق اذ هو أولى من التمسك بالباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولاي حنيفة رحمه الله أنه بذل وإباحة وهذه الحقوق لايجرى فيها البذل والإباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس والحدود واللعان وفي جملة على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لايجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينافاستخلفه فنكل لايجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستخلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم أراد أن يرد النصف الآخر يحتاج الى خصومة واستخلاف جديد اذا أنكر ولو كان اقرارا لما استخلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركها لواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تخليفه لنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة والسيرة والهدية والسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعى ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي أن يقضي بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعى كان له الشيء المدعى ظاهرا وأبطله المنكر بالتزاع والشرع أبطل تزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعى أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص به فيمادون النفس لان مادون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتأكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما ينافي هذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريح وانما صار

(٣٨ - زيلعي رابع) (قوله ولاي حنيفة أنه) أي النكول اه (قوله فلا يقضى فيها) الذي بخط الشارح فلا يقضى بها بالنكول اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب وأخوه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه فأجاب ببلد كرم من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا بخط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى لو ادعى الاستيلاء ثبت باقراره ولا يلتفت الى انكارها اه (قوله واختارنا الاسلام على البردوى قولهما للفتوى) قال الكاكي وفي جامع قاضيان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ما ذكره في المختصر) لم يذكر فيه البردوى وانما ذكر القاضى الامام نجر الدين ومراده قاضيان فانه ذكر ذلك في شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو متن الكثر اه (قوله فادعى العبد انه قد زنى الخ) ينبغي ان يقول العبد في دعواه انه قد اتى ما علق عليه عتقى ولا يقول انه قد زنى كيلا يصير فادعاه مولا اه (قوله ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب الخ) قال في الهداية وانما يستخلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره قال الاتقاني يعنى يثبت الاستخلاف عند أبي يوسف ومحمد في النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط أن يثبت النسب باقرار المقر أو ما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجزى الاستخلاف في النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج في اقرارها بالولد أو تشهد بولادة الولد (٣٩٨) قابلة قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر راده في مبسوطه في باب الاستخلاف

في الادعاء الاصل في هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكر هل يستخلف ان كان بحيث لو أقرب به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستخلف عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجهل النكول بذلا أو اقرا في قضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقرفاه لا يستخلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقرب به لزمه ما أقرب به فاذا أنكر هل يستخلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبي حنيفة لا يستخلف وعند أبي يوسف ومحمد يستخلف

بذلا في المعنى على معنى أنه ترلث منع وان المدعى يأخذ بمحققا لا يمنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من أحد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستيلاء فانه لا ينصور أن يكون المدعى فيها الا المقذوف والمولى واختارنا الاسلام على البردوى قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضى ينتظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا بحلقه أخذ بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلقه أخذ بقول أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس الأئمة في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن الحدود لا يستخلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا يثبت له عليه يستخلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عنده هل تقبل بينة المدعى يتظر فان كان نسباً يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالدان لم يثبت باقراره لا تقبل بينة مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى أنه معتق بحدته ونحو ذلك والفرق بينهم ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كأنه هو المعتق ولهذا لا يرث النساء الولاء ولو كان بواسطة ثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كافي المال وكذا لو أعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابن أحدهما عن ابن واحد والاخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما يجعل كأنهم أعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان لابن الواحد النصف والعشرة النصف نصيب أيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا

كان

فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى

هنا لفظ خواهر زاده وقال أيضا ثم جميع ما ذكرناه أنه لا يمين في النسب اذا وقع الدعوى في مجرد النسب فاما اذا وقع في النسب والميراث والتفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستخلف عند أبي حنيفة لئلا لا النسب يستخلف بالله ماله في ذلك المال الذي يدعى حق وعندهما يستخلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع في النسب والمال جميعا والمال مما يجزى فيه الاستخلاف عندهم جميعا فيستخلف للمال وان كان لا يستخلف للنسب عند أبي حنيفة وكان الجواب فيه عند أبي حنيفة كالجواب في السرقة عند الكل اذا أنكر السارق فانه يستخلف للمال بالله ماله قبلك ضمان هذا المال وان كان لا يستخلف للقطع لان الدعوى وقع في الحد والمال جميعا فيستخلف للمال وان كان لا يستخلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولاء للكبر) قال في المصباح والولاء للكبر بالضم أي لمن هو أقعد بالنسب وأقرب اه وفي المغرب وقولهم الولاء للكبر أي لا كبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسباً لا كبرهم سناً يقال هو كبر القوم أي أقعدهم في النسب وأقربهم الى الجد الا كبر وفي الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء لابن دون ابن الابن اه

(قوله في المتن ويستخلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال لا يمين في حد الا (١) لو ادعى على رجل سرقة استخلفه فان أبي أن يحلف ضمنه السرقة قال القدوري في شرح كتاب الاستخلاف قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا يستخلف في شيء من الحدود ولا في الزنا ولا في السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا ان طالب المسروق منه بضمان المال استخلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان يستوفي بالنكول فوجب اثبات أحدهما واسقاط الآخر وأصل ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن الاستخلاف شرع للنكول والنكول إما بذل أو اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة في الحدود ولان الاستخلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتاج لدرئها فلا يشكف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا في السرقة لان المقصود هو المال فيستخلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين في المال دون القطع اه اتقاني (قوله في المتن والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لانه يحلف في الطلاق اجماعا اه (قوله في المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أي في قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير كرها فيه في كتاب القضاء وذلك لان المقصود من (٣٩٩) هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا التزويج والاستخلاف

يجري في المال اه غاية (قوله وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق) يعني اذا كان مع النكاح دعوى المال يجري الاستخلاف بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجري في الاول دون الثاني اه اتقاني (قوله وكذا يستخلف في النسب الخ) يعني اذا ادعى في النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستخلف بالاتفاق وان كان لا يستخلف عند أبي حنيفة في دعوى النسب المجرد اه

كان نسباً يثبت باقراره والا فلا قال رحمه الله (ويستخلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان موجب فعله شيان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصارت نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بهادون القطع ويقول في الاستخلاف بالله ماله عليك هذا المال وعن محمد رحمه الله ان القاضي يقول للذي ما نأ تريد فان قال أريد القطع قال له ان الحدود لا يستخلف فيها فليس له عينه فان قال أريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزواج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أي يستخلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستخلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستخلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والخبر والنفقة والعتيق بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت نسب ان كان نسباً لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذي ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتصر) أي يستخلف جاحداً للقصاص فان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتصر منه وفيما دون النفس يقتصر منه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجب عليه الارش فيها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمال لا يحتمل لاجل الترفع على ما ينفلت فلابد من العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلاً وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشيء لان

اتقاني (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لا بيه وان أباهما مات وترك المال في يد المدعى عليه فانه يستخلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والخبر) بان التقط رجل صبيلاً لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة أنه أخوها تريد قصريه الملتقط وأخذته بالحضنة وأنكر الملتقط ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي الى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أي اذا قال المدعى وهو زمن أنه أخو المدعى عليه فافرض لي النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستخلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع في الهبة) صورته ما اذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الواهب فانه يستخلف فان نكل ثبت الامتناع ولم تثبت الاخوة اه اتقاني (قوله في المتن وجاحد القود) قال الاتقاني وهذا في دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شيء آخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجيء في باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص في النفس أو في الطرف يحلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتصر في الطرف ولا يقضى بشيء في النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعاً وعندهما يقضى بالمال في النفس والطرف جميعا اه (قوله يستخلف جاحداً للقصاص) أي بالاجماع اه

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامر) أي الا أنه لا يباح لعدم الفائدة يعني اذا قطع يد من قال اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرج ثوبي أو تلف مالي لا يباح له لعدم الفائدة اه اتقاني (قوله في المتن وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أي اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه

قوله بعد ولو كان غريبا الخ اه (قوله وفيه) أي في اعطاء الكفيل نظر للدعي وهذا هو وجه الاستحسان اه (قوله ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية اه (قوله والخطير) لان اعطاء الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينهما اذا كان معروفا ولم يكن أو كان المال خطيرا أو حقيرا كاليمين اه اتقاني (قوله في المتن فان أبي لازمه) قال في الصاوي الصغرى في مسائل العدوى المدعى اذا طلب من القاضي أن يأخذ من المدعى عليه كفيلا وأبي المدعى عليه اعطاء الكفيل فالتقاضي بأمر المدعى بملازمته ثم قال وتفسير الملازمة (١)

(قوله في المتن ولو كان غريبا الخ) قال الاتقاني وأما اذا كان المطلوب غريبا لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان أعطى كفيلا بنفسه مختارا يقبل ذلك منه وان لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك لان الكفيل يمنع من السفر والذهاب في فرع ذكر في الواقعات الحسامية في كتاب أدب القاضي في الباب المعلم بعلامة الواو

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والى يدعى العمد يجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر يتيقن الأصل على حاله وهنا الأصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولا يبيح حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال حتى أبيع قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى فاذا سلك بها مسلك الأموال يجري فيها البذل كالأموال الا أنه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة قصار كقطع البذل كلة وقطع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يجب فيه كما في القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعى لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستخلف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستخلف ويحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذي رويناه غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه في الحال باقراره أو نكوله وفي البيعة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولا يبيح حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البيعة على ما رويناه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البيعة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذا أقام البيعة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغييبه نفسه وفيه نظر للدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما توافنا حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الادعوى ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البيعة والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبي يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الخفير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفى نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى خفيرا لا يخفى الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبي لازمه) أي دارمه (حيث سار) أي ان أبي أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل بأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي) أي الى

اذا شك الرجل فيما يدعى عليه ينبغي أن يرضى خصمه بشيء وبصالحه ولا يعجل باليمين احتراز عن الوقوع في الحرام وهو اليمين الكاذبة وان أبي الخصم الآن يجلسه فان كابر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك وتذكر هنا بدنا من مسائل ذكرها

(١) هكذا في الأصل وكتب فيه النامع هنا لم يكتب

انحصاف في أو آخر كتاب الحيل ان قال كل امرأ على طلق ونوى كل امرأة أتزوجها باليمين أو بالهند أو بالسند أو في بلد من البلدان له نيته في ذلك ولا يحنث وقال ان ابتدأ اليمين بالله يحنث ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلما أوقعت أبا كيف يحنث في ذلك وقد كتب اليمين في كتاب ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعناق والمشي وصدقة ما عليك قال نعم وينوي بنعم من النعم أي من الانعام فاذا أجابه بنعم ينوي نعماً من الانعام لم يكن عليه شيء وكذلك ان قال نسأوك طوالت ونوى نساء العور أو العريان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات ويقصد الى صفة من تلك الصفات التي ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما عليك من نوع من تلك الأنواع التي ذكرناها يقصد بنيته الى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحنث له أنه لم يفعل كذا وكذا وأحضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك ويظهره ويقول هذا حري يعني ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا يعني لم أفعَل ذلك الشيء بمكة أو في المسجد الحرام أو في مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو في بلد من البلدان وينوي ذلك (٣٠١) فلا يحنث ان كان مرفعل ذلك الشيء

في غير ذلك الموضع الذي نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتي طالق ثلاثا وينوي عملاً من الاعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق وينوي بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه في ذلك حنث قال قلت أرايت سلطاناً بلغه عن رجل كلاماً فأراد أن يحنث الرجل على ذلك الكلام الذي بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذي استحلف ما الذي بلغك عني فإذا قال بلغني عنك أنك قلت كذا وكذا وحكي الكلام فان شاء حلف له بالعناق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذي حكاها هذا

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يراد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهراً وكذا اذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحماكم لما ذكرنا وله أن يطلب التوكيل بخصوصته حتى لو غاب الاصيل يقيم البيعة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلاً فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعي ديناً لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلاً بالمال فله أن يطالب كفيلاً بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أبسر وان كان المدعي منقولاً فله أن يطالبه مع ذلك كفيلاً بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعي عليه وان كان المدعي عقاراً لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغيب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعناق الا اذا ألح الخصم) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمرو بن لحي يحرر يمينه فقال ان الله تعالى بينها كم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت روى البخاري ومسلم وأحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفاً فلا يحنث الا بالله أو ليصمت وكانت قریش تحلف بآبائهم فقال لا تحلفوا بآبائكم روى أحمد ومسلم والنسائي ومن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون روى النسائي وهذا الحديث باطلاً يمنع الحلف بالطلاق والعناق وقال بعضهم يسوغ للقاضي أن يحنث بهما اذا ألح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعاً ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعي عليه تحليف الشاهد أو المدعي أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضي لانا أمرنا بآبائنا كرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لاسيما اذا أقام بينة قال رحمه الله (وتغلظ بكراً أو صانته) أي تؤذي كذا اليمين بكراً أو صانته قال رحمه الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما للفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يمنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمنع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

ولا سمع به الا الساعة يعني ما تكلم بهذا الكلام الذي حكاها ولا سمع به هذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم وان شاء نوى في الطلاق والعناق ما شرعناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة أو بالبصرة أو في اليمن أو في بلد من البلدان غير البلد الذي كان تكلم به ذاقه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى في دار فلان أو في المسجد الجامع أو في شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقي يعلم في كتاب الحيل اه اتقاني رحمه الله **وقرعه آخر** قال الاتقاني رحمه الله ورأيت في محيط شمس الأئمة الحلواني واستحلف الآخر أن يقول القاضي عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الآخر برأسه أي نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الآخر برأسه أي نعم لان الإشارة من الآخر اذا كانت معروفة من النفي والاثبات بمنزلة العبارة من النطق في سائر الاحكام فكذا في حق الحلف والقاضي لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون عينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون عينا فكذلك الآخر ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون عينا لانه يصير كأنه قال على عهد الله ان كان لهذا على كذا اه (قوله في المبتن وعناق) أي وج اه غايه (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا في الخلاصة اه

(قوله ويحترز عن عطف بعض الاسماء) أي فانه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة فاذا حلقه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان والمستحق عليه عين واحدة فيراعى القاضي هذا اه اتقاني (قوله في المتن ويستحلف اليهودي بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبي التاجر والمرأة فيما ادعوا أو ادعى عليهم سواء أماً الذي فانه لا يفارق المسلم في أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحكامنا إلا ما استثنى بعقد الامان وأما العبد فانه ممن يصح اقراره فيأذن يستحلف وكذلك الصبي التاجر على أصلنا اذا لاذن في التجارة جائز فيصير كالعبد المأذون والمكاتب في يده نفسه فهو في باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال في باب التصرف بغير ما يجري واحد الى هنا لفظ القدوري وقال في شرح الطحاوي ويستحلف النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى ويستحلف (٣٠٣) اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى ولا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق

النار وعند محمد بالله الذي خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسيحاوي في شرح الطحاوي وقال في الاجناس قال في المجرد قال أبو حنيفة ان لم يتمه القاضي اقتصر على قوله بالله الذي لا اله الا هو وإن اتهمه حلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور في حق المسلمين وأما في حق اليهودي يحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى وفي حق النصارى بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذي خلق النار ويحلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يحلف في كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت فار المجوس وانما يستحلفه عند القاضي ونقله عن أدب

ينقص عنه الا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يشكر ربه اليمين ولو أصر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه عين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلف جاز وقبل لا يغلف على المعروف بالصلاح ويغلف على غيره وقبل يغلف في الخطيئة من المال دون الحقير ولو غلف عليه خلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المنة صودا الحلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا زمان ومكان) أي لا يؤكده عليه اليمين زمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال تغلف بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كل في المدينة وعند الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن في المسجد ويكون ذلك في يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه سرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعى في اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما تقطع به الخصومة فلا يختص بهم ما كالينة قال رحمه الله (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله) أقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا بالاعور اليهودي أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حكمكم الزنا في كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكده عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكده عليه بذكر خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد أن الله خالقه وانما يشرع مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف أحدا لا بالله تعالى خالصا احترازاً عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى وذ كر الخصاص أنه لا يحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين تعظيماً لها لان اليمين تشعر بذلك ولا ينبغي أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويحلف على الحاصل أي

القاضي والاصل أن فائدة اليمين النكول الذي هو اقرار أو بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه بالله اليمين كما في المسلم اه اتقاني (قوله في المتن على موسى) أي لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمة اه اتقاني (قوله على عيسى) أي لان النصراني يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمة اه وان اختلفوا فيما بينهم أنه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقاني (قوله صوريا) بالقصر اسم أجمي اه غاية (قوله أنشدك) أي أسألك اه (قوله بذ كر خلقها) كذا بخط الشارح وفي بعض الشروح بذ كر خلقها اه (قوله في شرح الاقطع وأما الصابئة فان كانوا يؤمنون بأدريس عليه السلام استحلفوا بالذي أنزل الصحف على أدريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذي خلق الكواكب اه اتقاني

(قوله بالله ما ينكح نكاح قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهبه ما لان الاستحلاف (٣٠٣) لا يجزى في النكاح عند أبي حنيفة اه

(قوله الآن) قيد في جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة
الاخيرة اه (قوله فان
أنكر السبب) أي بان قال
ما استقرضت ما غصبت اه
(قوله وان أنكر الحكم)
أي بان قال ليس له على
هذا المال ولا شيء منه
اه (قول ثم الاتحاق بدار
الحرب) أي والسبي
بعد ذلك اه (قوله في المتن
وان ادعى شفعة الخ) قال
القدوري في شرح كتاب
الاستحلاف روى أن رجلا
ادعى على رجل عند اسمعيل
ابن جاد بن أبي حنيفة أنه
اشترى دارا في جواره وأنه
يطلب بالشفعة فيها وأنكر
المدعى عليه الشراء فأراد
اسمعيل أن يستحلفه بالله
ما اشترى فقال قد يشترى
الانسان ويسقط الشفع
شفعة فأراد استحلافه بالله
ماله عليك شفعة في هذه
الدار في الحال فقال المدعى
ان هذا يعتقدان شفعة
الجوار غير واجبة فان
استحلفته تأول ذلك فقال
اسمعيل للمدعى عليه ان كان
الامر على ما يدعى من الشراء
فقد حكمت عليك بالشفعة
ثم استحلفه بالله ما يستحق
عليك شفعة في هذه الدار
في الحال فامتنع من اليمين
اه اتقاني (قوله في المتن
والمشتري أو الزوج لا يراهما)

بالله ما ينكح نكاح قائم وبيع قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى النكاح والبيع
والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بيعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلق لان هذه
الاشياء قد تقع ثم ترتفع برفع كالمطلق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب
فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرورا لواقع لا يقبل منه فيجتال
بهذا الطريق اذا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي
السبب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان
اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع
البيع ثم تقابلنا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كي لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى
انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال نضر
الاسلام يفرض الى رأى القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برفع وليس في تحليفه على
الحاصل ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برفع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا
ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق ينكر عليهم ما بالارتداد وفض العهد ثم
الاتحاق بدار الحرب ولا ينكر على العبد المسلم اذا لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وكذا
اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعى مثل أن يدعى شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراه او مثل أن
تدعى المبتونة النفقة والزوج لا يراه فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل
تركة النظر في جانب المدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى قال رحمه الله (وان ادعى
شفعة بالجوار أو نفقة المبتونة والمشتري أو الزوج لا يراهما يحلف على السبب) لما ذكرنا فاحاصله أن
التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعى أو كان سببا لا ينكر رفقينئذ
يحلف على السبب وعند أبي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض حينئذ يحلف على
الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبد فأدعاه آخر) أي يحلف على العلم اذا ورث عبدا
وادعى آخر أنه ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر
وهو محقق ظاهر فلا يصار اليه دفعا لضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعني
يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار
المالك ومباشرة ولولم يعلم أنه ملك للملك له لما باشر السبب ظاهر فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره
لا يكون الا بعد التفحص ظاهر فيبطل له الحلف على البتات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث
فانه لا اختيار له في الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف
عن الميت واليمين لا تجزى فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له أصل بنفسه فيحلف
عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون
على البتات الا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودي بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على
البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه فعل غيرهم قال الخواص هذا الاصل مستقيم في
المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري أن العبد آبق ونحو ذلك فأراد المشتري تحليف
البائع فانه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم البيع سالما عن
العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على
العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات الا ترى أن المودع اذا قال إن
الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

أي كما اذا كان الزوج أو المشتري شافعي المذهب اه (قوله ومباشرة) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار
المالك ومباشرة اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أي وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

(قوله في المتن ولو اقتدى المنكر الخ) هـ من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء قال لا تغني صورتهما فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي عيئه بعشرة دراهم قال جاز وليس للدعي أن يستخلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك إن صالحه من عيئه على عشرة دراهم أما جواز الاقتداء فلما الخ (١) وصكتب مانصه فالأقتداء قد يكون بمثل المدعي أو أقل من المدعي والصالح إنما يكون على أقل من المدعي في الغالب لأن الصالح نبي عن الخطيئة وكلاهما مشروع وهي مسألة الصلح على الإنكار يجوز (٣٠٤) عندنا وما لك وأجد ولا يجوز عند الشافعي رحمه الله هـ (قوله وقيل كان

على البتات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات خلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم خلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه إذا نكل لأن الخلف على البتات أكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو اقتدى المنكر عيئه أو صالحه منها على شيء صحيح ولم يخلف بعده) لما روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيئا واقتدى عيئه ولم يخلف فقيل ألا تخلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر عيئي فيقال هذا بسبب عيئه الكاذبة وقيل كان له على مقدار من الأسود سبعة آلاف درهم أقرضها إياه فقضاهمها أربعة آلاف فترافعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يخلف ولأن الاقتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال على كرم الله وجهه أياكم وما يقع عند الناس إنكاره وإن كان عندك اعتذاره ولأن المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذ به على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وإن لم يكن الحق مالا كالقصاص وجزاء أن يكون لعقد واحد جهتان كن أقر بجزية عبد ثم اشترا مني أعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكفى الصلح عن الإنكار فإنه بدل حقه في حق المدعي ولا فداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستخلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما إذا اشترى عيئه بمال حيث لا يجوز لأن الشراء عقد عليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

باب التحالف

قال رحمه الله (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى إن برهن) أي لمن أقام البينة لانه تورد دعواه بالبينة إذ البينة مينة كاسمها بقى في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها إذ هي متعديّة حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وإن برهننا فثبت الزيادة) أي إذا أقام كل واحد منهما مينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لأن البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية إذا قال البائع بعثك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها تثبت الحق له فيه والآخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وإن عجز أولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي إن عجزا عن إقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعدما قيل لكل واحد منهما ما أن ترضى بما قاله صاحبه

على مقدار) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفاهما لعثمان رضي الله عنهما هـ (قوله وإن كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا تستطيع أن توسعه عذرا هـ (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغبيني والمحبوب هـ معراج

باب التحالف

(قوله في المتن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمننا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه هـ هـ (قوله في المتن وإن برهننا فثبت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشترى هذه العين بعشرة وادعى البائع أنه باعها بخمسة عشر وأقام كل واحد مينة على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكرين بعشرة وأقام كل واحد منهما مينة على

ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى هـ غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما هـ (قوله واليمين المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في السامع في قسم المبسوط قال البائع بعثك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لأن كل واحد منهما أثبت بينته بزيادة فتقبل في حق تلك الزيادة هـ غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن هـ (قوله والأخرى تنفيه) أما حق المشتري فتثبت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت بينته شيئا وإنما الاختلاف في حق البائع فبينة أولى بالقبول هـ

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا ولعله هنا كتب في الشارح من الحديث هـ كتبه معصمه

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن المشتري اما أن ترضى بالثمن الذي يدعيه البائع والافسخنا وفي صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع اما أن تسلم ما ادعاه المشتري والافسخنا وفي صورة ما اذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ما ذكره اه (قوله في المتن وبدئ بيمين المشتري) هذا اذا اختلفا في الثمن اما اذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ما سجد كره في الاختلاف في الاجارة اه (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقاني وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أولا كذا في التقريب اه (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقاني وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أولا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه بوجوب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى اه غايه وكتب مانصه قال القدوري في شرح كتاب الاختلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاختلاف وهي أن المشتري ان كان ابتداء بالخصومة وادعى على البائع ابتداء بيمين البائع وان كان البائع ابتداء بالدعوى ابتداء بيمين المشتري اه غايه (قوله لاستوائهما في فائدة النكول) أي لان كل واحد منهما اذا نكل لا يلزم تسليم شيء في الحال اه غايه (قوله في المتن وفسخ القاضي الخ) قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضي في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمن فبقى يعايل الثمن فيفسد فينقض العقد فيما بينهما وانما (٣٠٥) ينقض القاضي فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضي

أحدهما من القاضي
النقض فاما بدون الطلب
لا ينقض وفرق بين هذا
وبين اللعان وهو أن
الزوجين اذا فرغا من
اللعان فإن القاضي يفرق
بينهما سواء طلبا من
القاضي أو لم يطلب لان
حرمة المحل قد ثبتت شرعا
على ما قال عليه الصلاة
والسلام المتلاعنان
لا يجتمعان أبدا وهذه الحرمة
حق الشرع فلا يحتاج فيه
إلى طلب العبد وأما العقد
وفسخ العقد حقهما
فشرط طلب العبد لهذا
وقال الامام الساجي في

والافسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فاعلها
يرغبان في البيع دون الفسخ فريضان به اذا علم ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشتري) وهو قول محمد
وزفر وجههما الله وأبي يوسف آخره ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشتري أشدهما
انكارا اذ هو المطالب بالثمن أولا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطلب بالثمن كما نكل
من غير تأخر فيتمهل به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند النكول ونكول البائع تأخر الفائدة لان
تسليم المبيع تأخر الى زمان تسليم الثمن لانه عسك المبيع حتى يستوفي الثمن فكان ما يتهمل به فائدة أولى
وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البائع خصه بالذكر فكان ينبغي أن يكتب بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل
يقرع بينهما في البداهة هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع غنما بثمن أو سلعة بسلعة بدأ القاضي بايهما شاء
لاستوائهما في فائدة النكول قال رحمه الله (وفسخ القاضي بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وراذوا لانهم لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع ثمن مجهول
أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل يفسخ بنفس التحالف
والصحيح الاول بدليل ما ذكره في المبسوط أن بوطه الجارية المبيعة محل بعد التحالف قبل فسخ القاضي المبيع
بينهما ولو كان يفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الاثبات الى النفي تأكيذا والاصح الاقتصار على النفي

(٣٩ - زيلعي رابع) تهذيب أدب القاضي وان حلفا لم ينقض القاضي البيع بينهما حتى يطلب ذلك أو يطلب أحدهما لان
الفسخ حق لهما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وراذوا اه (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعني اذا اختلف الحاكم
كل واحد منهما تحالفا ففسخ البيع بينهما اه وكتب على قوله بطلب أحدهما مانصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اه (قوله أو بثمن
مجهول فاسد) أي والعقد الفاسد لا بد منه من الفسخ اه غايه (قوله وقيل يفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح رحمه الله لتعليل
اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وان لم يطلبه أحد وجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف
اليوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء اه (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقاني وأما وصفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل
واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضي أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشتري ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بما ادعاه البائع اه
(قوله والاصح الاقتصار الخ) قال الاتقاني وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفي فلو جعنا بين الامرين لتضمنت
الاثبات والنفي وهذا لا يصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الامرين تأكيذا للنفي وليس عمتنع أن يكون اليمين موضوعا للنفي
ويضم اليها الاثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا
عن الحديث النحر واه زفر وانما يخص البائع بالذكر لان عين المشتري معلومة لا يشك لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

فُسِّكتْ عَلَى اللَّهِ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَمَّا تَقَدَّمَ بَيَانُهُ وَبَيْنَ مَا يَشْكُلُ وَلَمْ يَتَقَدَّمَ بَيَانُهُ اهـ (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أي وضعت لاعلى
 الاثبات اهـ (قوله في المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال في شرح أدب القاضي اذا اختلفا في الثمن والسلعة فاعلم مقبوضة كانت
 أو لم تكن فانهم ما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشتري فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشتري على دعوى البائع فان نكل
 لزمه دعواه وهو البيع بألف درهم وان حلفا جميعا فقد صر ببيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول في معنى البذل وبذل الاعراض صحيح فاذا
 كان النكول باذلا لم يتبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اهـ اتقاي (قوله لانه) أي النكول
 اهـ (قوله نحو أن يشتري الرجل من آخر سمنا في رزق الخ) هذا الفرع مذکور في متن الكنتري في البيع الفاسد وراجع الحاشية التي في خيار
 الرؤية تنقلا عن الكمال عند قوله وللمشتري لو في (٣٠٦) الرؤية اهـ (قوله فكذا في مقدار المقبوض) يعني القول فيه القابض

هذا الفرع ذكره في المتن
 في خيار العيب حيث قال
 والقول في مقدار المقبوض
 للقابض فليراجع ما قاله
 الشارح اهـ (قوله في المتن
 أو في قبض بعض الثمن) ذكر
 البعض ليس بقيد اذا الحكم
 فيما اذا اختلفا في قبض كل
 الثمن من ذلك يكون اليمين
 على البائع لا غير اهـ (قوله
 والبراء) يعني اذا اختلفا في
 حظ بعض الثمن أو ابراء كل
 الثمن لم يتحالفوا كذا اذا اختلفا
 في الاجل وشرط الخيار اهـ
 (قوله ولهذا لا يختل العقد
 بانعدامه) أي بانعدام
 الاجل وشرط الخيار اهـ
 (قوله بخلاف الاختلاف
 في وصف الثمن) أعني في
 وجوده أو رداؤه اهـ غاية
 (قوله وحينئذ) أي بأن قال
 أحدهما دراهم والآخر
 دنانير اهـ غاية (قوله لكونه
 دينافي الذمة الخ) والتحقيق
 هنا أن يقال ان التحالف
 شرع بالنص اذا وقع الاختلاف

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه في القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
 والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافي فيحلف على هيئة النفي اشعارا بأن الحلف واجب عليه
 لا تكاره وانما وجب على البائع والمشتري لان كلامهما منكر لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ويدعي زيادة البيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف في أحدهما
 فأحدهما يدعي زيادة البذل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعي وجوب تسليم البذل على صاحبه
 عند تسليمه البذل والآخر ينكره فصارا متدعين ومتكررين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا
 ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البذلين فظاهر وهو قياس وان
 كان بعده فبخلاف القياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر
 ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعيניהما
 تحالفا وتراذا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقررا به أو باذلا فلزمه اذا اتصل به
 القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا أما على اعتبار البذل
 فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذي ذكرناه
 في التحالف اذا كان اختلافهما في البذل مقصودا وأما اذا كان في ضمن شيء آخر نحو أن يشتري الرجل
 من آخر سمنا في رزق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالرزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا
 رزقي وقال المشتري هو رزقي فالقول قول المشتري سواء سمى لكل رطل ثمننا أو لم يسم بفعل هذا اختلاف في
 المقبوض وفيه القول قول القابض في نفس القبض والمقبوض فكذا في مقدار المقبوض وان كان في
 ضمنه اختلاف في الثمن لان الثمن يزاد بنقصان الرزق وينقص بزيادته فالبايع يدعي زيادة الثمن والمشتري
 ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف في إيجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما في الرزق قال
 رحمه الله (وان اختلفا في الاجل أو شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن أو بعد هلاك البيع أو بعضه أو في
 بدل الكتابة أو في رأس المال بعد اقاله السلم لم يتحالفا) والقول للمكرم مع عيئه أما الاختلاف في الاجل
 أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن فلانه اختلاف في غير المعقود وعليه والمعقود به فاشبه الاختلاف
 في الخط والبراء ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وحينئذ يكون
 بمنزلة الاختلاف في القدر حتى يجري فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير
 لكونه دينافي الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصفه ألا ترى أن الثمن وجودا وبدونه وكذا

في الثمن أو المثلن اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا يمكن مستحقهما
 عند الاختلاف في الثمن أو المثلن لانهم اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمين أو المثلين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثلن وهو فاسد فيجب الرد والمشاركة
 بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا في شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بدونه كما لو عقد
 البيع بدونه في الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقاءه على الصحة وثمرة التحالف الفسخ فلا تحالف في موضع لا يؤدي الى الفسخ ويعمل أيضا
 لخيار الشرط فتقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف لخيار العيب وقال الامام الاسييجاني في بيع شرط الطحاوي والاصل
 في هذا أن العاقدين متى اختلفا في المملوك بالعقد يتحالفان ومتى اختلفا في المملوك بالشرط لم يتحالفا أو تقول متى اختلفا في كلمة العقد
 لم يتحالفا متى لم يختلفا في كلمة العقد لم يتحالفا والاصل بالشرط وليس في كلمة العقد والثلث والثلث مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ثم الاختلاف في أجل الثمن لا يخلو أما أن يختلف في أصله أو في قدره أو في مضيه فإن اختلف في أصله فالقول قول البائع لأنه يستفاد من جهته وإن اختلف في قدره فالقول قوله أيضا والبيئة في المسئلتين جميعا بيئة المشتري لأنه يثبت الزيادة وإن اختلف في مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشتري أنه لم يرض والبيئة بينته أيضا لأنه يثبت الزيادة وإن اختلف في المضى والقدر فالقول قول المشتري في المضى وفي القدر قول البائع فيجعل شهر المبيع والبيئة بينة المشتري وهذا إذا كان المبيع عينا فاما إذا كان دينيا يعني السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والترادع عند علماءنا الثلاثة لأنهما اختلفا في المملوك بالشرط وتندزفر يتحالفان ويترادان لأن السلم لا يصح إلا به فالاختلاف كالاختلاف في صفة السلم (٣٠٧) اه (قوله وفرق بين الاجل في السلم الخ) ثم الاختلاف في أجل السلم

مستحقهما مختلف فإن الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعي يتحالفان في الاجل إذا اختلفا في أصله أو قدره لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فإن المؤجل أنقص من الحال في المالية ولأن النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابها ذاك الشيء لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل في السلم وبين ما نحن فيه عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا المنكره والفرق أنه شرط في السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لأن الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لأنه لا يتعلق به في الصحة والفساد فيه فكان القول للباقية لأن الاجل أجنبى عن العقد ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بأنه باعه بألف إلى شهر وشهد الآخر بأنه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار إلى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا إذا اختلفا في أصل البيع أو في مكان ابقاء المسلم فيه لا يتحالفان لأن أحدهما انفرد في انكار أصل البيع والاختلاف في مكان الابقاء وقدمت بيانه في البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمد كور هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادعا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه في الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه في حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة بنحكم قيمتها في الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فإذا كان يجري التحالف بينهما مع امكان المعرفة فالولى أن يجري عند عدم الامكان ولأن كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه إذا البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن الشاهدين في البيع إذا اختلفا في قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب في كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحد البديلين أو اختلفا في جنس الثمن وفي التحالف فائدة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشتري أو سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله ولا يبي حنيفة وأبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادعا بشرط أن تكون السلعة قائمة وما روياه من المطلق محمول

ثم الاختلاف في أجل السلم لا يخلو أما أن اختلفا في أصله أو في قدره أو في مضيه أو فيها جميعا أما إذا اختلفا في أصله فإنه ينظر إن كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا ويجوز السلم وإن كان مدعى الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله أيضا استحسانا ويجوز السلم وهو قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول رب السلم ويفسد المسلم وهو القياس ولو اختلفا في قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا في مضيه فالقول قول المسلم اليه والبيئة أيضا بينته ولو اختلفا في قدره ومضيه فالقول في القدر قول رب السلم والقول في المضى قول المسلم اليه ولو أقاما البيئة فالبيئة بينة المسلم اليه على إثبات الزيادة وأنه لم يرض اه غاية قال في الجمع والمسلم اليه في دعوى التأجيل مصدق

كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أي ويقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أي بعد قبض المشتري اذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه اه كأي وكتب ما نصه قال في الجمع أو في الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والنسخ على قيمته وجعل القول للمشتري اه قال الاتقاني وأجمعوا على أن السلعة إذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض وحاصل الخلاف في تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو في الثمن أي لو اختلفا في قدر الثمن اه شرحه (قوله وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه) أي يبيع أو هبة لأن خروج المبيع عن ملك المشتري هلاك حكمي والهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أي لأن الواو الحال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ التراضي يدل عليه لان التراضي يكون في القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوي لهما عن النبي صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع ويحال ترك الراوي عن النبي صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل به ما لم يكن الاطلاق والتقييد في حكم واحد ومحل واحد وهذا الحديثان هما رويهما ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتخالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يعتد به الى حال هلاك السلعة لانه ليس في معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشتري فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولانه بالتخالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن البيع بألف يصير بألفين بالزيادة في الثمن وبخمس مائة بالخط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا في القدر مع اتحاد الجنس لان المدعى أحدهما لا يختلف العقد بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثن فكان دعواه اثن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا تفقا على ألف وهو يكفي للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التخالف ولو كان مختلفا لما صح كالأودعي أحدهما هبة والاخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المفاوضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ببقاء المعقود عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الاثر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والافقيته ولا نسلم أن في التخالف هنا فائدة لان المقصود في الفسخ أن لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذي ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشتري بقيمته كما يسلم له بالثن اذا لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هي غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعنتي هذه الجارية فانكر وقال ما بعنتكها وانما زوجتكها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم ملك الممن بخلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذي ورد عليه العقد فلا يكون في الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أي فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمدكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشتري ثم اختلفا في الثمن قال القدوري فيها لا يتخالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا في النهاية لفظ المبسوط وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا شيء له وقال قاضيان وذكري الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وقال أبو يوسف رحمه الله يتخالفان في الحلي ويفسخ العقد فيب ولا يتخالفان في الهالك ويكون القول في ثمنه قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتخالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحلي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التخالف عنده فهلاك البعض أولى أن لا يمنع ولا ييوسف رحمه الله ان امتناع التخالف للهلاك فيتقدر بقدرة ولا يي حنيفة رحمه الله أن التخالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به في حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تنسب السلعة بعد قوت جزمها ولانه لا يمكن التخالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا يضمن القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالخزروا الطن فيؤتى الى التخليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فينشذ يكون الثمن كله بمقابلة الحلي ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند المشتري) أي قبل نقد الثمن اهـ

فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيئا وأيهما نكل
 لزمه دعوى الآخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل
 الاستثناء قوله لم يتحالفوا لفظ الجامع الصغير يدل على أنهما لا يتحالفان وان لا يحلف المشتري وحده لان
 المستثنى منه عين المشتري لانه المذكور قبله وقال في النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف
 قال مشايخ بلج رحهم الله ينصرف الى عين المشتري ومعناه ان البائع يأخذ الحلي منهما صلحا عما يدعيه
 قبل المشتري من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال في
 الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله ويكون القول قول المشتري مع
 عينه الا أن يأخذ البائع الحلي ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري قال شيخ الاسلام المعروف
 بخواهر زاده هذا لا يقوى لان الاخذ من ثمن بمشقة البائع ولو كان أخذ الحلي بطريق الصلح لكان معلقا
 بمشقتهم قال الرازي عفوره ليس في هذا الاخذ فائدة له أيضا ولا يحتملها فلا يصار اليه لان ترك حصة
 الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على أن الاستثناء ينصرف الى
 التحالف وصار تقدير ما قال في الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يشاء
 البائع أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف
 دون عين المشتري فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى عين
 المشتري على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحلي ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا فحينئذ لا يحلف المشتري
 لان البائع اذا عرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشتري وهذا مثل الأول في عدم الفائدة ثم قال وقال
 الامام الكيساني رحمه الله يأخذ البائع في حق الهالك من المشتري ما يقربه المشتري فحينئذ لا يحلف لان
 الاستحلاف انما شرع في حق المشتري اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى
 الزيادة وأخذ الحلي ورضى به المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري والصحيح هو ترك دعوى الزيادة
 في الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا يترك ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقربه المشتري
 ومعنى قوله لا يأخذ شيئا أي لا يأخذ من الزيادة التي يدعيها شيئا وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء
 منصرفا الى عين المشتري ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من
 التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعا فصار كأن المبيع هو الحلي وحده أو برضاه بما
 أقربه المشتري من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا في ثمن الحلي فيتحالفان فأيهما نكل لزمه
 دعوى الآخر ثم تفسر التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لان الهالك عنده لا يؤثر فصار كأنهما جان
 واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون
 الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشتري لو حلف بالله ما اشتري
 القائم بالف يكون صادقا لان من اشتري شيئين بالنبي درهم ثم حلف أنه ما اشتري أحدهما بالف كان
 صادقا فلم يمنع عن الحلف فلم يفد التحالف فائدة والعصم أن يحلف المشتري بالله ما اشتري أحدهما بالفين فان
 نكل لزمه دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى المشتري وان
 حلف ففسخ العقد بينهما في القائم وسط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقربه
 المشتري فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحلي سقط وما أصاب الهالك لزم المشتري وان اختلفا
 في قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وان أقام البينة فيينة البائع أولى لانها ثبتت الزيادة وان
 لم يكن له ما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشتري ثم المشتري
 يدعي زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر في
 الاصل في رجل اشترى عشرين وقبضهما ثم رد أحدهما بعيب وهلك الآخر عند المشتري سقط عنه ثمن ما
 رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا في قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه
 عدم التحالف) أي لان
 قوله الا أن يرضى البائع
 مستثنى من عدم التحالف
 اه (قوله وأن لا يحلف)
 كذا هو بخط الشارح اه
 (قوله وتكلموا أن هذا
 الاستثناء) أي وهو قوله
 الا أن يشاء البائع اه (قوله
 وصار تقدير ما قال في
 الكتاب) أي الجامع الصغير
 اه (قوله ولا يأخذ شيئا آخر)
 أي لا من قيمة الهالك ولا من
 ثمنه اه (قوله كان صادقا)
 أي وكذا لو حلف البائع
 بالله ما بعث القائم بحصته
 من الثمن الذي يدعيه
 المشتري كان صادقا اه

(قوله فينبني الامر عليها)
أي لا يلزم الاقدام على
القسم بجهالة امر (قوله لان
الشاهدين لا يعلمان
حقيقة الامر) أي فإذ أن
يكون الحال في الواقع على
خلاف ما ظهر عندهما
بهمز أو تبليسة أو غير ذلك
هـ

بينه تقبل بينته وإن أقام البينة فيبينة البائع أولى لأنها كثر إثباتا وإن لم يكن له ما بينه كان القول
قول البائع مع بينته لأنهم ما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعواه أن قيمة
الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضا وهذا الفقه وهو أن الإيمان يعتبر فيها الحقيقة لأنها توجه
على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فينبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول
له وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع
ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجح بالزيادة الظاهرة وعند أبي حنيفة رحمه الله أن البائع إذا رضي
أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذي ذكرنا لا يبي يوسف رحمه الله هذا
إذا هلك بعضه بعد القبض وإن هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا الوردة أحدهما يعيب لان الكل يعود الى
ملكه فلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سليم
وأما اختلافهما في بدل الكتابة فالمد كور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال يتحالفان وتفسخ الكتابة
وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الآخر
لان المولى يدعي بدلا رائدا والعبد ينكر مو العبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند ادعاء ما يقربه والمولى
ينكره فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدي اليه ولا يبي حنيفة
رحمه الله أن البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف والبدل للحال وقد سلم ذلك العبد ولا يدعي
على مولاه شيئا وقد بينا أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد
لكونه منكر أو انما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله أصلا حتى يقال فيه أنه اختلاف قبل
القبض وهذا نظير الأجرة فإنها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء
وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبني على التضيق
والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون في معناه
فلا يتحالفان بوضعه أن البيع لازم من الجانبين فالمسير الى التحالف فيه مفيد حتى إذا نكل أحدهما
لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب إذا نكل لا يلزمه شيء فتمكن من الفسخ بالتعجز
والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا
يكون في معنى البيع فإذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانسكار فيكون القول للمنكر وهو العبد
وإن أقام أحدهما بينة تقبل بينته لأنه تورد دعواه بها وإن أقام البينة كانت بينة المولى أولى لأنها تثبت
الزيادة لأنه إذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لأنه أثبت الحرية لنفسه عند ادعاء هذا القدر فوجب
قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه إن أدى خمسمائة يعتق ولا يمنع أن
يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فإن الحرية لا ترتفع بعد النزول
ويجب عليه البدل وأما إذا اختلف في رأس المال بعد إقالة السلم فلان الإقالة في باب السلم ليس يبيع
بل هو ابطال من كل وجه فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى
يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان
المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الإشارة النبوية بقوله عليه
الصلاة والسلام تحالفوا تراذوا والتحالف في الإقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الإقالة
لان الإقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا ترى أنهم ما لو فالا نقضنا الإقالة
لا تنتقض وكذا لو كن رأس المال عرضا قبضه المسلم اليه ثم رده عليه يعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل
التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الإقالة ولا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع
حيث تنتقض من هذه المواضع والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالإقالة فلو انقضحت الإقالة لكان حكم
انقضاء عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده الى ملك

المشتري قال رحمه الله (وان اختلفا في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تقابلا قبل
قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفا ان اذ لم يكن لهما بينة ويعودا بالمبيع الاول لان التحالف قبل
القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدع ومنكر فيستعدي الى الاقالة كما يستعدي الى الاجارة والى
الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يتحالفا لانه يرى النص معلولا بعد القبض
أيضا قال رحمه الله (وان اختلفا في المهر قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه فورد عوامها وهي كسرها
مبينة قال رحمه الله (وان برهنها فللمرأة) أي اذا أقام البينة كانت بينة المرأة أولى لانها تثبت الزيادة
والبيّنات للآثبات فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعي الزوج أو أقل
لان الظاهر يشهد للزوج وبينه المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن
كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الخط وهو خلاف الظاهر والبيّنات
للآثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة أو أكثر مما ادعاه
الزوج فالصحيح أنها يتأثران لانهما استويا في الآثبات لان بينهما تثبت الزيادة وبينته تثبت الخط فلا
تكون احدهما أولى من الاخرى قال رحمه الله (وان عجزا) أي عن إقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ
النكاح) لان عين كل واحد منهما ينشئ به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير
مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال رحمه الله (بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله لو كان
كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر به ولو بينهما) أي بين ما قالت هي وبين ما قاله هو لانهما انتفى
بيمينهما التسمية احتج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد
منهما بان كان أقل مما ادعت أو أكثر مما أقر به هو قضى بذلك وهذا يخرج الكرخي رحمه الله ويخرج
الرازي خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع عينه وان لم
يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدأ بين الزوج لتجهيل الفائدة وقد بيناه مفصلا في النكاح
وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتحالفا ويكون القول قول الزوج مع عينه الا أن يأتي بشئ مستكر وقد
يناه في النكاح قال رحمه الله (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعني قبل استيفاء المنافع لان
الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه
ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما محتملان الفسخ وهما عقد معاوضة فان قيل قيام العقود عليه
شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجري فيها التحالف قلنا في المدوم يجري التحالف كما في
السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في حق اراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ثم ان كان
الاختلاف في الاجرة بدئ بين المستأجر وان وقع في المنفعة بدئ بين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى
الاخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقامها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان
كان الاختلاف في المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى في الاجرة
وبينة المستأجر أولى في المنفعة لان البينة للآثبات فما كان أكثر آثباتا كان أولى قال رحمه الله (وبعد
لا والقول قول المستأجر) أي ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفا وكان القول قول المستأجر مع
عينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما
ظاهر لان هلاك العقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع
لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفا عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تقوم
بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر
لانه هو المنكر قال رحمه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل
واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع
غير المشتري) أي واختار
المشتري بقاء العقد وأخذ
القيمة ثم اختلفا في الثمن اه
(قوله ثم ان كان الاختلاف
في الاجرة) أي بان قال
المؤجر أجرتك بعشرة وقال
المستأجر بل بخمسة اه
(قوله لا يمنع عنده) أي
التحالف اه

ويجوز التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما إذا لم يستوف شيئا وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله مر على أصله في هلاله بعض المبيع فإن التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقي فكذا هنا وهما خالفا أصلهما في المبيع والفرق لمجدد رحمه الله ما بيناه في استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن إيجاب شيء والفرق لا يوجب حنيفة رحمه الله أن العقد في الإجارة ينقض ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالعقد عليه عقد امتداد على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفا فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده في الكل لأنه عقد واحد فإذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كما لا يوتى إلى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لأن الظاهر يشهد له ولا فرق في ذلك بين أن يكون النكاح قائما بينهما أو لم يكن قائما وما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع عيने لما بينا وما يصلح للمرأة الخمار والدرع والاساور وخواتم النساء والحلي والخنخال وأمثال ذلك فإن القول فيها قولها مع عينها ما ذكرنا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء فلا يكون القول قولها التعارض الظاهرين وكذا إذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قوله في ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أي إذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد في التعارض بخلاف ما يخص المرأة لأن ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيستعارضان فتخرج بالاستعمال من جهتها والذي يصلح لهما الفرس والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود قال رحمه الله (فإن مات أحدهما قلعي) أي إذا مات أحد الزوجين واختلف الحلي منهما مع ورثة الآخر كان المتاع قلعي ومراد من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف في المشكل فقال يدفع إلى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع عيने ولورثته بعدموته وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة أن ما يصلح لأحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج إلا أن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون في حياتهما أو بعد موت أحدهما فخالصه أنهم اتفقوا أن ما يصلح لأحدهما فهو له يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعله للزوج في حال حياتهما والباقي منهما بعد موت أحدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين لأنها تأتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهد لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر ولهما في الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لأنهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولا يوجب حنيفة رحمه الله أن يد الباقي منهما أسبق إلى المتاع لأن الوارث ثبتت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحيية للاستعمال على ما بينا بل أولى لأن اليد رجحان مطلق حتى يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحيية ولأن يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الأصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقي مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي لأنهما استويا في سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في أيديهما ولا معتبر بالشبهة في الخصومات ألا ترى أن أسكافا وعطارا واختلفا في آلة الأساكفة وآلة العطارين وهي في أيديهما قضى به بينهما نصفان ولا ينظر إلى ما يصلح لأحدهما لأنه قد يتخذ لنفسه أو يبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله للمرأة وليس للرجل إلا ما عليه من ثياب بدنه لأن المرأة هي الساكنة فيه ولهذا تسمى قعيدته ويد صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفي التعارض يقدم صاحب اليد وقال

(قوله إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء) أي أو كان صانعها اهـ

(قوله ونظر الاسلام) ليس كذلك بل الذي ذكره مقر الاسلام انه الحر كذا نقله لم يكتب المحقق
فصل أي فمين لا يكون خصما **٣١٣** شرع فمين لا يكون خصما وقدم الاول

لان الكتاب كتاب الدعوى
وهي عبارة عن الخصومة
فخر الكلام الى ذكر من
لا يكون خصما فذكر به
اه اتقاني (قوله في المتن
وبرهن عليه) فان لم يكن له
بينة على ذلك لم تندفع عنه
الخصومة الاعلى قول ابن
أي ليس لانه متهم في ذلك
لندفع الخصومة عن نفسه
فلا يسمع من غير حجة (قوله
في المتن دفعت خصومة
المدعى) قال الاتقاني هذه
مسئلة القدوري ثم قال هذا
الذي ذكره القدوري اذا
كان العين قائما اماذا ملك
فلا تندفع الخصومة
بدعوى هذه الاشياء الا
تري الى ما ذكر في الجامع
في باب الرجل يكون خصما
فما لو ملك في يده عبد فادعى
انسان عليه ضمان العبد
واقام ذوالبينة انه كان
ودبعة فلان ونحوه لا تندفع
الخصومة عنه لانه يدعى
الدين في ذمته ويجوز ان
يكون هو مودع الغاصب
فيكون ضامنا له وقد نص
الشارح على حكم هلاك
العين قربا من هذه القولة
في الشرح بقوله نصارت
مالا واقراها بعد هلاكها
يعني فانه لا تندفع الخصومة
فيه بالاتفاق فقد قاس ابن
شبرمة المختلف فيه على

ابن أي ليلي المتاع كله للزوج كيفما كان لان المرأة في يد الزوج فمافي البيت أيضا يكون في يده وان كان
البيت لها ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا
في متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للزوج سوى ما علب من ثياب بدنه
فكذا هذا وهذه هي السبعة وقد ذكرنا الاقوال السبعة بمحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو أحدهما
عملو كالمحر في الحياة والحي في الموت) أي لو كان أحد الزوجين عملا كواختلفا في متاع البيت كان المتاع
للمحر في حال حياته والحي منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك
يد المملوك وأما اذا مات أحدهما فلا يد للبيت فقلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر
الحكم في الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الأئمة الحلواني ونظر الاسلام
وقاضيان وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان
المتاع للمحر منهما ثم قال وفي بعض النسخ الحي منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة
رحمه الله وقال العبد المأذون له في التجارة والمكاتب كل حر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات ولهذا لو
اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في أيديهما بقضى به بينهما الاستواء في اليد ولو كان في يد مالك
واقام البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان يد
المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه
ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكأن يد الحر أقوى فترجح به في حق متاع
البيت ألا ترى أنها ترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لا ترجح
بالصلاحية فكذا لا ترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه أقوى
دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله في استدلالهم على التضييف باختلاف
العتار والاسكاف في آله أحدهما فيما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه أو أجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو
غصبه منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) لانه أثبت بينته أن العين وصلت اليه من جهة الغائب
وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذواليد اقراره بالشرط اثبات هذه
الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع
وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو أقام البينة لانه يظهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة
البينة لان الملك لا يثبت بها الغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بغير رضاه
وخروجه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة في
ضمن البيع بالحياة تبطل بطلان البيع نصارت تطير ما لو ادعاه بعد هلاكها وأدعى عليه الفعل كالغصب
ونحوه وقال ابن أي ليلي تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقراره بالملك
للاغائب والاقرار موجب للحق بنفسه خلوه عن التهمة فالحق بالبينة فيثبت ما أقربه بمجرد الاقرار ألا ترى
أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به الحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو أقر
لغيره بشي فمرض فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرارا صحيحا وكذا لو أقر بشي لشخص ثم غاب
يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخفى لو ما أن يكون
صادقا وكاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فقراره على نفسه صحيح فيثبت به
أن يده يحفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته أثبت أمرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(٤٠ - زيلعي رابع) المتفق اه (قوله دون هذه الاشياء) أي الايداع والاجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر
بشيء لشخص) أي عند القاضي كما سيأتي في صفحة هذه القولة في الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

(قوله وقال أبو يوسف آخر الخ) وقول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد إذا أقام البيعة أن فلانا أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تدفع الخصومة أه اتقاني (قوله وان كان معروفا بالحيلى) أى بالتزوير اه غاية (قوله رجع الى هذا القول) أى أبو يوسف اه (قوله لان الخصومة توجهت) اه (قوله وعند أبي حنيفة تدفع

الخصومة الخ) قال الاتقاني فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لانعرف اسمه ونسبه فكذلك تدفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذى اليد من جهة غير المدعى فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدعى بذلك تدفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البيعة مالم يذكر اسم الغائب ونسبه لان ذاليد خصم باعتبار اليد وهو مالك نقل الخصومة الى غيره أما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعى ومتى صار الغائب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذالم يصير معروفا لا يتمكن المدعى من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعى وان قال الشهود أودعها رجل لانعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذواليد أعرفه بوجهه لا تدفع الخصومة لان هذه شهادة للجهول ولعل المودع هو المدعى فعلى اعتبار كون المدعى هو المودع

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فثبت في حقه كالمكيل بتقبل المرأة أو الامه اذا أقامت بيعة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصر يد الكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بينا من قبل فصار كأن المدعى أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذى اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهريده ولهذا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بجهة كما اذا ادعى حالة غريمه على غيره ولان دفعها بالبيعة يؤدى الى اتياء الحقوق لان أحدا لا يجز عنه وقوله وخروجه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الخ قلنا ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بموجبه وان دفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يرد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاك العين يدعى عليه القيمة وهي في ذمته ألا ترى أن القاضي يقضى بها على مودع الغاصب فلا يبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذاليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تدفع الخصومة باقامة البيعة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز على غير ذى اليد فلا تدفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتدفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فانا أثبت بالبيعة أن يده حافظة وليست بدخومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخر ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيلى والافتعال لا تدفع عنه الخصومة وان أقام بيعة أن العين للغائب لان احتمال من الناس بأخذ مال غيره غصبا ويدفعه سر الى غريب يريد أن يخيب من البلدة ويواعد ما أن يرد إليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عندما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن يتطرق في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعدما ولى القضاء وابتلى بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعى يمكنه أن يتبعه وان قالوا لانعرفه بشئ من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تدفع الخصومة عن ذى اليد بالاجماع لانهم ما أحالوا المدعى على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعى هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعى هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تدفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تدفع عنه الا اذا أحاله على معروف يمكن الوصول اليه كما لا يتضرر المدعى والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعى من اتباعه فيتضرر بان دفاعها عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تدفع الخصومة عنه لان ذاليد أثبت بيئته أن العين

لا تدفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تدفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذواليد أخذها لأعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذواليد فصار مكذبا لهم في بعض شهادتهم فان قال ذواليد أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعى أنه أقر أن رجلا دفع اليه تقبل وتدفع الخصومة لان الثابت بالبيعة كالثابت معاينة ولو أقر المدعى عند القاضي أن رجلا دفعه اليه لأعرفه

أخذه من غير المدعى وإن يده يحفظ إذا شهد يعرفون المودع بوجهه ويقولون أنه غير هذا المدعى
ومقصود ذي اليد إثبات يد حافظة وإن العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول
الضرر للمدعى بعدم التمكن من اتباعه مضاف إلى نفسه حيث نسي خصمه أو إلى شهوده حيث لم يعينوا له
خصمه فأضر وابه ونحن لا نسلم أنه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد وإنما عليه
أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يحفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه إلى معرفته من كل وجه وينبغي
أن يكون قول أبي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرنا وتسمى هذه المسئلة الخمسة كتاب الدعوى لأن فيها
خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما أو فيها اختلاف خمسة من الأئمة وقد بيناه بحمد الله
تعالى قال رحمه الله (وإن قال ابتغته من الغائب أو قال المدعى غصبته أو سرق مني وقال ذو اليد أودعني
فلان وبرهن عليه لا) أي لا تدفع الخصومة في هذه الصور وإن أقام المدعى عليه بينة أنه أودعه فلا نالان
ذا اليد في المسئلة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بأن يده يملك فيكون معترفا بأنه خصم وفي
المسئلة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه
وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على غيره لأن اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير
ذو اليد ولا تدفع الخصومة باتفاده حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو أقام
الخارج البينة ففقدى له ثم جاء المقر له الغائب وأقام بينة على ذلك تقبل بينته لأن الغائب لم يصرم مقضيا
عليه وإنما قضى على ذي اليد خاصة وفي المسئلة الثالثة قول المدعى سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في
المعنى استحصانا وإنما جعله بالبناء للفعول لأجل الستر عليه كيلا يقطع فصار كأنه قال له سرقته مني
وقال محمد تدفع الخصومة عنه وهو القياس لأنه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء
للفعل ووجه الاستحصان ما بيناه وهذا بخلاف مسئلة الغصب لأنه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما
يوجب العدول عنه إذا الحد لا يجب على قاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى أنه اشتراه من ذي اليد وقبضها
ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينة أن فلانا أودعها إياه اندفعت الخصومة وإن ادعى على ذي اليد فعلا لأن
المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالعديم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تدفع
قال رحمه الله (وإن قال المدعى ابتغته من فلان وقال ذو اليد أودعني فلان ذلك سقطت الخصومة)
لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله إلى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذو اليد
خصما ولا للمدعى أخذه من يده إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه فإخذه لكونه أحق بالحفظ ولو
صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بأقراره وهي
عجيبة ولو قال ذو اليد أودعني وكيل فلان ذلك لا تدفع الخصومة إلا ببينة لأن وصول الدار إلى يده
اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لا تكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لا تكار المدعى وكذا لو أثبت
بالبينة أنه دفعها إلى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها إلى ذي اليد بخلاف المسئلة الأولى وهي مسئلة
الكتاب لأن وصول العين إليه من جهة الغائب ثبت بتصادقه ما بأقرار ذي اليد نصا وبأقرار المدعى
ضرورة لأن الشراء منه لا يصح ما لم يكن البيع في يده والظاهر أنه وصل إليه من جهته ولو قال ذو اليد
إن فلانا أودعني العين فقال المدعى كان أودعك إياها ثم وهبها منك أو باعك إياها وأنكر ذو اليد استخلف
بأنه ما وهبها ولا باعها منه فإن نكل عن البين جعله خصما لأن نكوله كأقراره بذلك وقد بينا أن أقراره
بالشراء اعتراف منه بأنه خصم وإن حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لإقامة البينة بالوديعة لأقرار المدعى
بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله (برهننا على ما في يد آخر قضى لهما) يعني إذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما وزعم كل واحد

باب ما يدعيه الرجلان
لماذا كرر فيما تقدم دعوى
الواحد شرع في دعوى
الاثنين لأن المتن بعد الواحد
أه غايه (قوله وعن الشافعي
إنهما تهما تاران) أي وتجب
القسمه بينهما على قوله
أه غايه

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي ويتوقف على قول كذا في وجوبهم اه (قوله فتعين التهاثر) أي لان القاضي يتقن بكذب (٣١٦) احدي اليتيمين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اه غايه (قوله كما في دعوى

منهما انها ملكه ولم يذ كر اسباب الملك ولا تاريخه فبقي بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي انهما يتهاثران وعنه أنه يقرع بينهما لان احدي الطائفتين كاذبة بيقين لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التهاثر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين رجلين تان عا في أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنها له فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بهما من خرجت فرعته ولان القرعة لتعين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضي لأعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالأعدل أقوى في الحجة فلا يراجه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهودا أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روي عن أبي موسى أن رجلين ادعى باعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقصه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبي موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالوصى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاثر ولان اليينات من حجج الشرع فيجب العمل بهما أمكن وقدا مكن هنا لان الأيدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتصنيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة الدليل لا بكثرته وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما ان صح فهو محمول على أنه كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار ألا ترى أن القرعة لتعين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطبيب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن للإمام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأته سقطا وهي لمن صدقت أو سبقت بينته) يعني لو أقام اثنتان بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاثرتا البينتان لتعذر القضاء بهما اذا النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقهما فيجب اعتبار قولها ان أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحا اذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأته فأقام بينة فخكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعد ذلك كونها أقوى لاتصال القضاء بهما وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تانا كدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فحينئذ تكون أولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فاصله أنهما اذا تنازعا في امرأته أو أقاما البينة فان أرتخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يؤتخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كاللخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه يبدله ان شاء) أي لو أقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضي به بينهما التعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا في خبر كل

النكاح) يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأته اه (قوله ولانهما استويا الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعى نتاج دابة وأقاما البينة جميعا وكذلك اذا ادعى الشراء من واحد وأقاما جميعا البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اه اتقاني (قوله في المتن أو سبقت بينته) لو قال كالأولى سبقت بينته لكان أولى اه تأمل (قوله وهي زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في آخر باب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح الكافي ولو ادعى رجلان عبدا في أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لأحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان أيديهما دليل الملك على العبد لانه ليس له بدافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعى امرأته في أيديهما فأقرت لأحدهما حيث يقضي به لانه لان المرأة ليست في يد أحد لانها في نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجة اه اتقاني (قوله تعذر القضاء بكله لكل واحد منهما) أي فان اختارا لاخذ

رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان لم يقده أتى كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار واحد الرقسم الدار كلها للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان كان نقده وان لم يكن نقده فلا شيء لواحد منهما على البائع اه غايه

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلهل رغبته في تلك الكل اه هذاية (٣١٧) (قوله فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ)

أي الابتعدي ولم يوجد اه
(قوله في المتن وان أرخا
فالسابق) أي لا نالما حكنا
لبيع الاول ملكه الاول
فيكون البائع بعد ذلك
بأعمالك غيره فلا يصح اه
اتقاني (قوله كان صاحب
التاريخ أولى) في الهداية
لثبوت ملكه في ذلك الوقت
واحتمل الآخر أن يكون
قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك اه (قوله في المتن
والا فلندي القبض) قال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسمعيلى في شرح الكافي
للمحكم الشهيد وان لم
يوقت واحد منهما وقتا
وكانت الدار في يد أحد
المتعين قد قبضها قضيت
بها لندى في يديه لان القبض
دلالة السبق في حقه لان
القبض انما يكون صحيحا
اذا تملكه عقد فكان أولى
وردا للبائع الثمن على الآخر
(قوله ولا تاريخ معهما) أي
لانهما اذا لم يؤرخا صار
كلهما وقعا معا والشراء
أقوى من الهبة اه (قوله
ومثنا للملك بنفسه) أي
والملك في الهبة يتوقف
على القبض اه (قوله
حيث لا يكون الشراء فيه
أولى) أي بل يكون بينهما
نصفين لقول الشارح رحمه
الله فيما يأتي وهما في ذلك
سواء اه قوله بل يكون بينهما

واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضولين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل
وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحمل على أن البيع لكل واحد منهما مصدر من وكيله وذلك ممكن في وقت
واحد قال رحمه الله (وبإزاء أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أي لو قضى القاضي بينهما وأبى
أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه
فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه يفتيه استحقا جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى
القاضي به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ بخلاف
ما لو ترك أحدهما قبل القضاء بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت بينته انه اشترى
الكل وانما يرجع الى النصف بالمرأحة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد
الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فلا آخر أن يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا
النصف لانه يستحق بالسبب كله والاتقسام للمراعاة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان
أرخا فللسابق) لانهما لما ادعى الشراء من ذي اليد اتفقا على أنهما ملك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه
في وقت لا ينافيه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر
غير الذي يدعى الشراء منه الآخر حيث لا يرجح فيه صاحب التاريخ السابق لان كل واحد منهما فيه
خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعهما لا تاريخ فيه فصار كأن البائعين حضرا وأثبتنا الملك
لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو أرخت أحدهما ولم تؤرخ الأخرى كان صاحب التاريخ
أولى لانهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقى منه وان شراهما حادث والحادث
يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا
اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعى الملك ولم يدعى الشراء من ذي اليد حيث لا يكون
صاحب التاريخ أولى عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله على ما بين فرقه من قريب ان شاء الله قال
رحمه الله (والا فلندي القبض) أي ان لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان
تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد ورجح أحدهما
بالقبض فلا ينقض قبضه المعين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضا لبقاء
الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراءه قبل شراء ذي اليد فيثبت يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا
بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولا أحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهما يحتاجان الى
اثبات الملك لبائعهما أولا فاذا اجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج
أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لثبوت بصدقهما فكان المتصور اليه سبب
الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لتأكده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من
الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شرا من شخص وادعى الآخر هبة وقبض من ذلك الشخص بعينه وأقاما
البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبات الملك بنفسه
بخلاف ما اذا اختلف المالك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهما عند
اختلاف المالك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكته حاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما
اذا اتحد المالك لا يحتاجان الى اثبات الملك لثبوت باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك
لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمالك لهما واحد كان لقدمهما تاريخا
لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المالك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق

نصفين كذا قال الاتقاني اه (قوله لثبوت ملكه في وقت لا ينافيه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان
فان كان المؤرخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى فمع التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

معنى فيعتبر بمالو كان متأخرا حفيظة بأن أرخ صاحب الشراء منذ سنة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها (قوله ولا ترجع للصدقة بالزوم) جواب عن سؤال مقتدر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض (٣١٨) سواء حتى يكون العين بين المدعين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها

التاريخ على ما بينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ما ذكرنا من الاحكام لما بيننا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجع للصدقة بالزوم لان أثر الزوم يظهر في ثلثي الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجع يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما يمنع حصول المقصود بها وهو الاجر للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم أو عتقه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغنى وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشروع لا يضره واختلقوا فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البيتين على الارتهان وقبل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشروع طارئ اذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل ثم حصل الشروع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لان الوضوء لكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم توثق البيتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتنا فصار الوقت الاقدم أولى وان لم يوثقا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بيننا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البيتين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللشري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبيتين ممكن فيصار اليه اذا بينة من حجج الشرع والعمل بهما ممكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخر الم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا أناسقوا بينهما الماذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته الابحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبت فكأن البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها يبيع انتهاء والبيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك

تأبى الملك اللازم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فأجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المال حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجع انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا ترجع الصدقة اه اتقاني (قوله وهذا فيما لا يحتمل) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والذابة صحيح هذا بالاتفاق اه اتقاني (قوله واختلقوا فيما يحتمل القسمة) قال الاتقاني قوله وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضى بينهما نصفين وهو قولهما لان الشروع طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشئ وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اه وكتب مانصه قال الامام الاسيحا في شرح الطحاوي وان كان محتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشئ عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بهما بينهما

نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالاجماع الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يوثقا وأرخا وتاريخهما للمحال على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كما في دعوى الهبة مع الشراء اه غايه (قوله والعمل بهما ممكن واجب) حس للظن بالشهود اه اتقاني (قوله لم يشهد به أحد) أي لانه يجعل الشراء مقدما على النكاح ولم يشهد بتقدمه أحد كما هو فرض المسئلة اه كما في (قوله والرهن لا يثبت) أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد اه (قوله بخلاف الهبة بشرط العوض) أي فانها أولى من الرهن اه اتقاني

للمال صورة ومعنى والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة قال رحمه الله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالأسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخاً أولى فيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وإنما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وإنما كان أسبقها تاريخاً فيها أولى لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد وجعل الكونى هذا القول متفقاً عليه لان دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقاً للملك على ذي اليد فيكون تملكاً من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كالوادي اعيا التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالى أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمه الله أولاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخر وفي قول محمد آخر وهو قول أبي يوسف أولاً وهو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيه سواء ولو أرخت احدهما دون الاخرى فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد الميهم أولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بينا ألا ترى أنه يستحق به الاولاد والا كساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولا ييوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الاخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعى الشراء من واحد ولا يي حنيفة رحمه الله أن الميهم محتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعى الشراء من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فاذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وان لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا اذا أرخا تاريخاً واحداً لعدم المرجح وأما الثانية فلانهما لما ادعى الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقى من جهته في زمان لا يراجع فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقى منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعى الشراء من شخص آخر غير الذي يدعى منه صاحبه الشراء على ما يجي من قريب ان شاء الله تعالى ولو لم يؤرخا فهما سواء وان أرخت احدهما دون الاخرى فالمرخ أولى لما بينا وان كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أرخ الاخر ما لم يثبت أنه أقدم تاريخاً فاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي اذا ادعى الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والاخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والاخر المهر أو أحدهما الرهن والاخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعين في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقى منه فكان حكمهما واحداً قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر أو ذكر تاريخاً استتوي) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لباته وملكه باته مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من الباتعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر الباتعان وادعى الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخاً دون الاخر فهما سواء لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان الملك لهما واحد حيث يكون أقدمهما تاريخاً أولى لان ملك باتعهما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرناه من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضاً من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

(قوله لملكهم) هو بالافراد في خط الشارح (٣٢٠) اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدوري في التقریب ذكر ابن سماعة عن محمد بن

رجع عن هذا بعد عودته من
الرفقة سنة ثلاث وثمانين
ومائة وقال الخارج أولى اه
انقاني (قوله وفيه الاقدم)
أي سواء كان البيع واحدا
أو اثنين اه (قوله ولو كان
المدعي الخ) الحاصل أن
الخلاف متخذه فيما إذا كان
المدعي في أيديهما ووقتا
وتاريخ أحدهما أسبق
وفما إذا كان في يد أحدهما
ووقتا وتاريخ أحدهما
أسبق اه (قوله والمسئلة
بمحالها) يعني به قوله ولو كان
المدعي في أيديهما اه كما
(قوله وهي ما إذا أقاما)
أي الخارج وذو اليد اه
وكتب مانصه قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسيحي
في شرح الكافي وإذا كانت
الدابة في يدي رجل فادعى
رجل أنها دابته فتجها عنده
وأقام البينة على ذلك وأقام
الذي في يديه البينة أنها
دابته فتجها عنده فانه يقضى
بها الذي هي في يديه أخذ
هذا بالسنة والقياس أن
لا يقضى بواحدة منهما
لانهما تعارضان في الاثبات
ونس أحدهما بأولى من
الآخر لكننا نرد القياس
بالسنة وهو ما روى محمد بن
أبي حنيفة عن الهيثم عن
رجل عن جابر أن رجلا
ادعى ناقة في يدي رجل
وأقام البينة أنها ناقته

ثالث ميراث من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبض من غيرهم وأقاموا البينة قضى بينهم أرباعا سواء
كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه
ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ
ذو اليد أسبق أو برهن على التنازع وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه
فدو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الأولى فالمدعى كقول أبي حنيفة وأبي يوسف رجما
الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لان
البينة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوى فيها التقدم والتأخر فصارا كأنهما قامتا على الملك المطلق
بخلاف ما إذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم أولى ما لم يدع التأخر التلق
من جهة المتقدم وجه قوله ما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينه ذي اليد على
الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعلمه الا بالتلق من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن
معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينه ذي اليد
لا تثبت غير ما ظهر باليد والبيانات للاثبات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه
صريحاً لا احتمال وفيما إذا أرخت بينة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد
أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يراحم
التيقن فصار كما إذا أرخت أحدهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت
الدفع ولم تتضمن هنا لا احتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما إذا ادعى الشراء من واحد حيث
يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على
سبقه على ما يئنا ولو كان المدعي في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخاً أولى عندهما للبينة أن بينة ذي
اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت أحدهما
دون الاخرى والمسئلة بمحالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ
من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما يئنا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما
وعند أبي يوسف رحمه الله هو للثورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت
واحتمال الآخر على ما يئنا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهي ما إذا أقاما البينة على التنازع أو على سبب
آخر لا يتكرر فلا ن بينتهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجت بينة صاحب
اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو
منهما المتحد التاريخان أو اختلافهما لم يذكر تاريخاً مستحيلاً بأن لم يوافق سن المدعي والقياس أن يكون
الخارج أولى لانهما استويا في اثبات أولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك
لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان تهارت البينتان ويترك في يدي اليد لا على
وجه القضاء لان أحدهما كاذب ييقن لاستحالة تنازع دابة من دابتن فصارت نظير الشهادة بالقتل في مكانين
وجه الاستحسان ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بناقته بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته
تجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته تجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساوياً بالخارج فيها
فبإثباتها يندفع الخارج وبينه صاحب اليد مقبولة للدفع ألا ترى أنهم لو أرخا في دعوى الشراء وبينه ذي
اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله لهما فيها من تضمن
معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما إذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون
بينة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد التنازع لان بينة الخارج في هذه الصور أكثر اثباتاً لانها تثبت الفعل

تجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته تجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه
(قوله لا على وجه القضاء) حتى يحلف ذو اليد بالخارج على ما سيجي قريبا اه (قوله فكان مساوياً بالخارج فيها) أي في دعوى التنازع اه

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذي ذكره الشارح من الرداعيا وشيحه على (٣٢١) عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما إذا

كان ما قاله عيسى مذهبا له
لا محمد كيف رذ عليه
بمذهب محمد أه قارئ
الهنداية (قوله يسار الى
التحليف) أي تحليف ذي
اليد للخارج عند عيسى
وعندنا لا يحلف لانه يقضى
به الذي اليد قضاء استحقاق
أه (قوله وسبب ملك
لا يشكر) يعني إذا أقام
البينة على نسج ثوب فيما
لا يشكر نسجه كغزل
القطن كان ذو اليد أولى
لان ما لا يشكر في معني
التناج وهو لا يشكر وكذلك
حلب اللبن فإذا أقام كل
واحد منهما البينة أن هذا
اللبن حلب في ملكه وكذلك
اتخاذ الجبن بان أقام كل
واحد منهما البينة أن الجبن
له صنعه في ملكه وكذا
اتخاذ البذر والمرعى أنه
صنعه في ملكه وكذا
الصوف إذا أقام رجل
البينة أنه صوفه جزم من
غنمه وأقام ذو اليد بينة على
مثل ذلك كان ذو اليد أولى
أه اتقاني (قوله وذلك
مثل حلب اللبن) أي كما إذا
قال حلب هذا اللبن في
ملكي أه فرشتا (قوله
واتخاذ الجبن والبداخ)
قال الاتقاني وكذلك
الغرس وزراعة الجبوب
فتكر رفاة يغرس في موضع
ثم يقطع ويغرس نائبا وكذلك
الجبوب تزرع ثم تغربل

على ذي اليد وهو الغصب وأشباهه أذهو غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك
ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان ثابتا غير الثابت من كل وجه أولى إذا البينة
للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لان محمد اذا كرفي خارجين أقام كل واحد منهما البينة على التناج أنه
يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هولتهارتا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد أحدهما والسواقط
في يد الآخر وأقام كل منهما البينة على التناج يقضى بها بالسواقط لمن في يده أصل الشاة ولو كان الطريق
ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما ما في يده وغرمة ما قاله تظهر في التحليف لانها اذا تها ترا بصار الى التحليف
ولو أقام الخارج البينة انه اشتراه من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان آخر وأنه
ولد عنده كان ذو اليد أولى لان كل واحد منهما خصم في اثبات تناج باثبه كما انه خصم في اثبات الملك له ولو
حضر الباقعان وأقاما البينة على التناج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما ولو أقام أحدهما
على الملك والآخر على التناج كان صاحب التناج أولى أيهما كان لانه يثبت أولية الملك وبعده لا يملكه غيره
الا بالتلق من جهته ~~وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا~~ ولو قضى بالتناج لصاحب
اليد ثم أقام ثالث البينة على التناج يقضى له الا أن يعيد هذا واليد لان الثالث لم يصرف مقضيا عليه فجاز
له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على التناج تقبل بيته ويتقرر القضاء
لان الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئا لان ملك ذي اليد ثبت بالتناج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به
لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لان التناج لا يشكر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من
الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة
يكون له من الاصل بل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد ما يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من
الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة
ذو اليد فإذا لم يصرف مقضيا عليه في حق التناج تقبل بيته كما تقبل بينة الاجنبي لانه بمنزلة نص ترك
بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به لاحتمال الذي ذكرنا آنفا فصار الاصل أن من
صار مقضيا عليه في حادثة لا يقضى له فيها والا قضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يشكر معناه كل سبب
لا يشكر في الملك اذا ادعاء صاحب اليد كان حكمه حكم التناج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب
اللبن واتخاذ الجبن والبدوير والصوف والمرعى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان
يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخبز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والجبوب لان ثوب الخبز والصوف
والشعر اذا بلا ينقص ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقصه ثم
نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن في معنى التناج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البناء
والغرس والزراعة يتأق فيها التكرار وان أشكل عليهم يستل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا
أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكتفي والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه
الاصل والعدول عنه بخبر التناج فلا يلحق به الا ما هو في معناه من كل وجه بشرط أن يبين في الدعوى
نصا أن ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو
تجت هذه الدابة عندي كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد دابة الغير عنده فلم يكن فيه
دلالة على أن الثوب نسجه في ملكه وأن الدابة ولدت في ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى
ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي أو نسج في ملكي أو ولدت الدابة في ملكي
وعلى هذا لو قال هذا جبنني اتخذته أنا أو قال اللبن الذي اتخذته هذا الجبن ملكي أو الشاة التي حلب منها
لبنه ملكي كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي أو حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد

(٤١ - زيلعي رابع) فتزرع مرة أخرى أه (قوله اذا بلا) كذا بخط الشارح وصوابه اذا بلي قال في المصباح بلي الثوب يبلى
من باب تعب بلي بالكسر أه قال الكاكي والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة أخرى ثم ينسج أه

أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البيئته أن فلانا القاضي قضى له بها بالبيئته وأقام ذواليد أنها تبعت في ملكه
كان ذواليد أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج أولى لأن القضاء قد صرح بظاهره
ويحتمل أنه اشتراه من ذي اليد فلا يتقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وهي ما إذا أقام
الخارج البيئته على الملك وأقام ذواليد البيئته على الشراء منه فلان الخارج أثبت الملك لنفسه بيئته
وأثبت ذواليد التلقي منه فكان له بحكم التلقي منه وإقراره بأنه له في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة
دعواه وقبول بيئته كما إذا أقره بالملك صريحاً ثم ادعى بعد ذلك أنه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه
لأنه لا تنافي إذا التوفيق يمكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا
وتترك الدار في يدي اليد) أي لو أقام كل واحد من الخارج وذو اليد والخارجين أو ذوى الأيدي البيئته
على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهازلت البيئتان ويترك المدعى في يدي اليد لا على وجه القضاء
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أن كانت في يد أحدهما
يقضى بالبيئتين وتكون للخارج لا مكان العمل مما يجعل ذي اليد مشترياً من الخارج وقبضه ثم
باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع إليه لأن تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لأن
البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ولهما أن الإقرار بالشراء من صاحبه إقرار
منه بالملك له فصارت بيئته كل واحد منهما كأنهما قامت على إقرار الآخر وفيه التهازل بالإجماع لتعذر الجمع
فكذا هذا ولأنه يلزم من القضاء بهما القضاء لذى اليد بمجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكم وهو الملك
وذلك باطل لأنه يؤدي إلى بطلان السبب إذا السبب لم يشرع إلا لحكمه فإذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعاً
كطلاق الصبي وعناقه فإذا لم يكن مشروعاً يخرج من أن يكون سبباً لأن سببته بالشرع وإنما قلنا
ذلك لأنه لا يمكن الحكم لذى اليد إلا بعك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وأنه لا يجوز ثم لو شهدت
البيئتان بقبض الثمن تقاصاً إن كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وإن كان أحدهما أكثر رجوع
بالزيادة وإن اختلفا جنساً رد كل واحد منهما ما قبض لأنه مضمون عليه وإن لم يشهدوا بقبض الثمن
لا تنافي القصاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله تنافي لوجوبه عنده ولو شهدا لفرقان
بالبيع وقبض المبيع تهازلت البيئتان بالاتفاق لتعذر التوفيق أما عندهما فظاهر على ما بينا وأما عند
محمد رحمه الله فلأن البيعين وإن كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا
دلالة حتى يجعل أحدهما سابقاً والآخر لاحقاً بخلاف ما إذا لم يذكر قبض المبيع لأنه أمكن هناك
أن يجعل شراء ذي اليد متقدماً لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة
وذكر في المحيط أنه يقضى لهما عنده فيجعل القبض المماثل آخر القبضين ويجعل ذواليد آخر المشتريين
كان الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي
والمبسوط والمختلف وإن وقتت البيئتان في العقار ولم يتناقضا فإن كان وقت الخارج أسبق يقضى
بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز
في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وكان
ينبغي أن يقضى بها لذى اليد عنده أيضاً فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذواليد نصهما
للعقد وإن أثبتا قبضاً يقضى بهما لصاحب اليد بالإجماع لأن البيعين جائزان على القولين لأن الخارج باعها
من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى به بالخارج سواء شهدوا
بالقبض أو لم يشهدوا لأن صاحب اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقاً فيجعل كأنه اشترى أولاً كما شهد به
شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على أنه لم يسلم اليه إن لم يشهدوا بالقبض أو سلم اليه ثم عاد
إليه بسبب آخر إن شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح زيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين
إذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لأن الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلة

(قوله وإقراره) أي وإقرار
ذو اليد بالملك للخارج اه
(قوله وذكر في المحيط) أي
وفي الكافي هذا بخلاف
ما ذكر في المبسوط والجامع
الكبير وغيرهما اه قوله
هذا أي ما في الهداية اه
(قوله وإن وقتت البيئتان
في العقار) قيد بالعقار
ليظهر غيرة الخلاف كما ذكر
والله أعلم اه

(قوله في المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام نحو اهرزاده في مبسوطه اذا كانت الدار في يد رجل ثالث ان لم يقيم لها مائة فانه يحلف ذواليد فاذا حلف ترك الدار في يده لانه لا حلف انقطع دعواهما فكانهما لم يدعيا وان اقاما المينة فيينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما قima ادعى لنفسه خارج وبينه الخارج مسموعة على ذى اليد واذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند ابي حنيفة على طريق المنازعة ارباعا اصله من سهمين لاحتاجن الى النصف فدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الاسهم فقد تفر دمدعى الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة فيبقى سهم واحد استوت منازعتهم فيه فيكون بينهما فينكسر فيضعف فيصير اربعة وان شئت قلت انا محتاج الى حساب له نصف ونصفه نصف صحيح وأقل ذلك اربعة أسهم اه (قوله ولها نظائر) أى فمن تطاثر هارجل أو وصى لرجل بكل ماله ولا خرب نصف ماله وأجازت الورثة أو لم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة ارباعا عند ابي حنيفة رضى (٣٣٣) الله عنه وعندهما أثلاثا بطريق العول اه

(قوله وأضداد) يعنى به الخلاف على العكس كدبر قتل رجلا خطأ وآخر عدوا وله وليان فعفا أحدولي العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليي الخطا والذي لم يعف من وليي العمد عنده أثلاثا على طريق العول وعندهما ارباعا على طريق المنازعة اه وكتب مانعه قال في شرح الاقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرع من دعوى قوم سلم للأخر بلا منازعة فهنا صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهم فيه فيقضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيها بان كان أحدهما متواترا والاخر من الاحاد أو كان أحدهما مفسرا والاخر مجمل فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الاحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهننا فلاولر بعها والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استتوت منازعتهم في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم لمدعى الكل ثلاثة ارباع ولمدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وقال لا تقسم الدار بينهما أثلاثا فالثلثان لمدعى الكل والثلث لمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والاخر النصف الواحد وليس لشيء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد بينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على اربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بملكون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والحجابة والدرهم والمرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدير اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسألة واحدة فضولي باع عبدا غيره من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختر المشتريان الاخذ يكون لمشتري الكل ثلاثة ارباعه ولن اشترى النصف الرابع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احداها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والاخر كلها وهي مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولا خرب نصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبدين ولا خرب نصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احداها عبدا ماذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة قد دين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فانا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا

الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فتجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فهنا صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهمين فيقسم بينهما على ذلك اه اتقاني (قوله الميراث) كما في امرأته ماتت وترك زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب الزوج النصف وللأخت لاب وأم النصف وللأخت لاب السدس تكملة للثنتين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت في الاصل من ستة اه اتقاني (قوله والديون) اذا اجتمعت وضافت التركة عنها اه كرجل مات وترك ألفا ورجل عليه ألف درهم ولا خرب عليه خمسة آلاف بينهم أثلاثا على طريق العول لان حقهم كان في الذمة ثم انتقل الى العين اه اتقاني (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أى بان أوصى لرجل بثلث ماله ولا خرب ربع ماله ولا خرب سدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اه (قوله والعبد) أى اذا أوصى بان يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اه (قوله فاجاز المولى البيعين) بخير المشتريان فان اخارا الرقة فلا كلام اه (قوله وليس له مال غيره) أى وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اه (قوله على الخلاف الذي ذكرنا) أى فباخذ المولى ثلث الثمن والاجنبي ثلثيه اه .

(قوله كان بينهما على الخلاف) أي عنده أثلاثا وعندهما أرباعا وان قدام المولى يقدر به بخمسة عشر الفاخسة آلاف لشريك العاقى وعشرة آلاف لولى الخطا اه (قوله في المتن ولو كانت في أيديهما) سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها الأعلى وجه القضاء وهذا لفظ القدورى وذلك لان الدار في أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوى في سبب الاستحقاق بوجوب التساوى في نفس الاستحقاق فصار في يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعى النصف تنصرف الى النصف الذى في يده دون النصف الآخر

لانه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصبا في امسالك النصف الذى في يده وأورد المسلمين بحج جلهما على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليد البينة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مدعى الكل والنصف الذى في يده مدعى الجميع سلم له على طريق القضاء لانه لا منازع له فيه فان لم تقم لهما بينة فانه يحلف مدعى النصف لمدعى الجميع ولا يحلف مدعى الجميع لمدعى النصف لان مدعى النصف لا يدعى لنفسه شيئا مما في يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى النصف الذى في يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فان حلف انقطع دعوى صاحبه وصار الحال بعد الحلف كالحال قبله وقبل الحلف كانت الدار في أيديهما نصفين فبعد الحلف كذلك اه اتفاقى (قوله في المتن وان أشكل) أي ان لم يظهر سن الدابة اه فرشتا (قوله وان خالف سن الدابة التاريخين) أي في دعوى الخارجين اه (قوله

والثانية اذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والاخر ما تين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطأ وأخر عمدا وللقول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفعت بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتل مولاهما وأجنيبا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد لولى كل واحد منهما على التعاقب فانها تسمى في ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين السالكين فيعطى الربع لشريك العاقى الآخر والنصف الآخر بينهما وبين شريك العاقى أولا أثلاثا ثلثا لشريك العاقى أولا والثلث لشريك العاقى الآخر اعنده وعندهما أرباعا ثم الاصل عنده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة أو لحق ثابت في العين على وجه الشروع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز أو كان حق أحدهما في البعض الشائع وحق الآخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والاصل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشروع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز وفي وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل ونحو يجها على هذه الاصول وتعام نفعيها مذكور في شرح الزيادات لقاضيان قال رحمه الله (ولو كانت في أيديهما فهي للثاني) أي لو كانت الدار في أيدي المدعين والمسئلة بحالها كانت كلها مدعى الكل لان مدعى النصف تنصرف دعواه الى ما في يده لانه يكون يده مديحة لان حل أمور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامسالك فاقصرت دعواه على ما في يده ولا يدعى شيئا مما في يد صاحبه ومدعى الكل يدعى ما في يده لنفسه وما في يد الآخر ولا ينازعه أحد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهم فيما في يد صاحبه فكانت بينته أولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالتركة لا على وجه القضاء والنصف الآخر بالقضاء قال رحمه الله (ولو برهننا على نتاج دابة وأرتاقضى لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فبين وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدابة في أيديهما أو في يد أحدهما أو في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكمهم بالذى اليدان كانت في يد أحدهما أو لهما ان كانت في أيديهما أو في يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهما) أي ان أشكل سن الدابة في موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بها لان أحدهما ليس بأولى بهما من الآخر وهذا اذا كانا خارجين بأن كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما قضى بها لصاحب اليد لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البيئتان لانه ظهر كذب الفريقين فترك في يده من كانت في يده والاصح أنهم لا ييطان بل يقضى بهما بينهما ان كانا خارجين أو كانت في أيديهما وان كانت في يد أحدهما يقضى بهما ليدلان اعتبارا ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتبار ماسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كأنهما ذكر النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى ان كانت في يد أحدهما والا فهي بينهما كما اذا أشكل في موافقة سن أحد التاريخين وهكذا ذكره محمد والاول ذكره الحاصكم وهو قول بعض المشايخ

والاول ذكره الحاصكم أي وهو المراد بقوله سابقا بطلت البيئتان اه قال في شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بهما لصاحب اليد ثم قال الحاصكم الصحيح أن تبطل البيئتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيماي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما تصفين لانه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقتا وفي رواية أبي الليث الخوارزمي اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبيئتان باطلة لانه ظهر كذبهما الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقد مر مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

المعروف بخواهر زاده في مبسوطه فان كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فاني أفضي بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكر أي ذكر محمد ثم قال قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم جوابا لأحدى المسئلتين وهي قوله أو كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة يحتمل أن يكون سن الدابة موافقا للوقت كل واحد ومخالفا للوقت يتيقن بكذب أحدهما فريقي وقد استويا في الدعوى والحق فيقضي بينهما نصفين فأما متى كان على غير الوقتين فانه لا يقضي لهما بشي لان القاضي تيقن بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيجتمع حالة الاجتماع أيضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روي أبو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشي ويترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ومنهم من يقول بأن الالف في قوله أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطاً من الكاتب فكأنه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعني يجوز أن يكون موافقا للوقتين ويجوز أن يكون مخالفاً فأما متى كان مخالفاً للوقتين (٣٣٥) يقيان فانه لا يقضي لهما بشي ويترك

وليس بشي قال رحمه الله (ولو برهن أحدهما خارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) معناه اذا كان عين في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضي بهما بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالحدود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما بينه في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والراكب واللابس أحق من أخذ اللجام والكم) معناه اذا تنازعا في دابة أحدهما رابها والآخر متعلق بلجامها أو تنازعا في قبض أحدهما بالباسه والآخر متعلق بكبه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما أظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا أولى بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بينا وأما المتعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجج والتراجع وكذا لو كان أحدهما رابها كبا على السرج والآخر رديفاله كان الراكب أولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا رابكين على السرج حيث يكون بينهما استواءهما في التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر بمسك بلجامها قالوا ينبغي أن يقضي بهما بالنسبة لهما لانه لا يتعلق باللجام غالباً الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط أحدهما فاعده عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب والباس ألا ترى أنه يصير بهما غاصبا بالتبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها الاحتمال أنها في يد غيرهما وهما علم أنه ليس في يد غيرهما قال رحمه الله (وصاحب الحمل والجدوع والاتصال أحق من الغير) فغنى الاول أن يتنازعا في دابة وعليها حمل أحدهما كان صاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم رابها والآخر بمسك بسكانها وآخر مجدف فيها وآخر عمد هاهي بينهم الا من عمد هاهي فانه لا شيء لهما فيها فانه لا يده فيها لان الباقي هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما استواءهما ولا يرجح بكثرته ما في الحمل لأحدهما لان الترجيح يقع

في يد ذي اليد كما في حالة الانفراد اذا خالف سن الدابة الوقت بيقين فيحمل ما ذكر محمد على أحدهذين التأويلين كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله) لان الوديعة تصير غصبا بالحدود أي فصار دعوى الوديعة والغصب سواء اه (قوله فانه يختص بالملك) أي فصار كما لو تنازعا في الدار أحدهما ساكنا والآخر آخذا بحلقة الباب أن الساكن أولى وكذلك اذا تنازعا في بعير وعليه حمل أحدهما كان صاحب الحمل أولى لان اليد ظاهرة وتصرفا اه اتقاني (قوله) حتى جازت الشهادة اه أي لصاحب اليد اه (قوله) وكذا لو كان أحدهما الخ قال الامام الاستيعابي في

شرح الطحاوي ولو كانا جميعا رابكين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالاجماع وروي عن أبي يوسف أنه قال يقضي بالدابة للراكب في السرج الى هنا لقطه في كتاب الصلح من شرح الطحاوي ونقل الناطقي في الاجناس عن نوادر المعلى رجلا ن على دابة أحدهما رابها في السرج والآخر رديف فادعى الدابة فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والاجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما رابها في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى من الرديف فذلك على رواية النوادر اه اتقاني (قوله دليل على تقدم يده) أي ولان العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أي فانه قد يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس بيد عليه) وكذا النوم على البساط ليس دليل على اليد اه اتقاني (قوله والآخر بمسك بسكانها) قال في المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهراذى) الهراذى جمع الهردية قصبات تضم مائة بطاقات من الكرم ترسل عليها قضبان الكرم كذا في ديوان الادب لكن صحح في الديوان الهاء والحاء جميعا وقال في الصحاح الحردى القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى ورأيت في نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحراذى بالحاء وقال صاحب الجهرة في باب الحاء والذال والراء أما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو نبطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حراذى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعا والرواية في الأصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسيجابى فى شرح الكافى وإذا كان الحائط بين دارين فادعاء صاحب كل واحد من الدارين فان أباح نفسه قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه فى يد (٣٣٦) صاحب الجذوع يعنى به اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان

الحائط ما بنى الاله وصار كائنين تنازعا فى دابة أحدهما دابة والآخر أخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها فى يده ولا آخر بها نوع تعلق كذا حنا فان كان له عليه هراذى أو بوارى لم يستحق بها شيئا وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعمال ماله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهراذى لكنه لا يؤمر برفع الهراذى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما ولا آخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان فى يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوت عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذ من الخشب فتكون الخشبة التى فى هذا الحائط مركبة بالخشبة التى فى ذلك الحائط ولان اتصال التربيع أ ل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا ففى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به انه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتربيع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لاننا لم نثبت بكونه مبطلا فى الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط مملوكا لغيره فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقانى

بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثانى أن يكون حائط عليه هراذى لرجل ولا آخر عليه جذوع أو متصل ببناءه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهراذى لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهراذى متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهراذى فصارت نظرية تنازعا فيها ولا أحدهما على الآخر ولا آخر كوز متعلق أو مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بائيهما واحد فى وقت واحد فترجح به وكان الكرخى رحمه الله يقول صدقة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلا بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مر بعاشبه القبة فينتد يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف رحمه الله أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكتفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رحمه الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركب على الآخر وأما اذا تقب وأدخل فلا يكون مر بعاشبه ولا عبارة به ولا باتصال الملازمة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنه ما بنيامعا ولا بوضع الهراذى ولا البوارى لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر أصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا فى حائط ولا أحدهما عليه هراذى ولا شئ لا آخر فهو بينهما اذا علم أنه فى أيديهم ما ولا يرجح صاحب الهراذى لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجهه ولان البناء للتسقيف وهو بالجذوع دون الهراذى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل بمحتمل أنه ملكه وعاربه وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان فى يده والقول قول صاحب اليد فصارت نظرية الحمل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لا استوائهما فى أصل العلة ولا معتبرا بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشتراطنا أن يبلغ ثلاثا لأن الحائط يبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بمادون الثلاث غالبا فصارت الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع

ثبوت عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفي الأجر في هذا الحائط والطرف الآخر في الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير في معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوت على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذ من الخشب فتكون الخشبة التى فى هذا الحائط مركبة بالخشبة التى فى ذلك الحائط ولان اتصال التربيع أ ل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا ففى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به انه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانه قضينا لصاحب الاتصال والتربيع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لاننا لم نثبت بكونه مبطلا فى الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط مملوكا لغيره فلم يكن هذا من ضروراته اه اتقانى

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الاتقاني رحمه الله ثم اختلف أصحابنا (٣٢٧) المتأخرون على الرواية التي لكل واحد منهما ما

تحت خشبته في حكم ما بين
الخشب قال بعضهم هو
بينهما نصفان لانه لا بد
لاحدهما فيه فلم يكن
أحدهما بأولى من الآخر
كرجلين تنازعا في دار وفي
بدأ أحدهما بيت منها وفي يد
الآخر بيتان أن الباقي
بينهما نصفين كذلك ما بين
الخشب ومنهم من يقول
ذلك بينهما على قدر خشب
كل واحد منهما لان صاحب
الخشب الكثير مستعمل
للخشب أكثر من استعمال
الآخر فاعتبر مستعملا لما
بلى الجذوع وهو المراد بقوله
وقيل على قدر خشبهما حتى
يكون لصاحب الجذوع
خسان ولصاحب الجذوع
الثلاثة ثلاثة الأجزاء اه
(قوله ثم من أصحابنا) أي
القائلين بهذا القول
اختلفوا بذلك اه قوله
القائلين بهذا القول الخ
أعني القول بأن لكل واحد
منهما ماتحت خشبته اه
(قوله والتصرف أقوى
في الدلالة على الملك) أي
كما لو تنازع الدابة راكب
عليها ومتعلق بلجامها اه
(قوله وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال الخ)
وكون صاحب الاتصال
أولى من صاحب الجذوع
هو الذي جزم به الاتقاني
ولم يحك قولاً آخر غيره وقد

لا أحدهما ثلاثة ولا آخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحصانا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والقياس
وهو مروي عن أبي حنيفة أن يكون بينهما نصفين لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان
فيه كما إذا كان لهما حمل على دابة لا أحدهما مائة من ولا آخر من أو منوان فانها بينهما نصفان ووجه
الاستحصان أن مادون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبي الحائط لأجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة
لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذوع الواحد والأثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمتنا بالحائط
لصاحب الجذوع بالطاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما إذا أثبت الحائط له
بالبينة حيث يؤمر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق
بما ثبت ملكه باليد بخلاف ما إذا تنازعا في دابة ولا أحدهما عليها حمل ولا آخر كوزمعلق أو نحوه حيث
يؤمر بالقلع وإن كان استحقاقه باليد ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير
ابتداءً ومؤبداً وإنما يمكن مؤقتاً من جهة المالك فإذا ظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب
فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع
أم لا فذكر في كتاب الاقرار أن الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ماتحت جذعه برده
حق الوضع لان الحائط لا يبنى لأجل جذع واحد أو جذعين عادة وإنما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له
بالمالك كسئلة الدابة إذا كان لأحدهما عليها حمل ولا آخر كوزمعلق على ما بيننا وذكر في كتاب الدعوى
أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار
الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا
من قال يحكم بما بين الخشب بينهما على قدر الأخشاب وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشبة
أو الخشبين الاموضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع
الحائط بينهما على قدر أخشابهما باعتبار القدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح
وقال قاضيان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى وإن كان
لا أحدهما عليه جذوع ولا آخر اتصالاً تربيع فصاحب الجذوع أولى لان له تصرفاً في الحائط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي أن
صاحب الاتصال أولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالفضاء بينهما يصير قضاء بأكمله ثم
يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما يباين واضح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون
حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده باتفاقه قبل وضع الآخر الجذوع فصار تطبيق سبق
التاريخ الا أنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من
الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الايدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصالاً تربيع
واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومخاذاة بناء ولا علامة للسبق في الحائط سوى هذا فأولاهم
صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المخاذاة وان كان لأحدهما جذع
واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هما فيه سواء لان الواحد لا يعتبه وقيل صاحب الجذوع
أولى لان الحائط قديني بجذوع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لأحدهما عليه هراي أو بواري
ولا شيء للآخر فهو بينهما والهراي لا تعتبر ولا البواري وفي فتاوى قاضيان ان كان لأحدهما عليه
جذوع واحد ولا آخر عليه هراي أو بواري أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذوع قال رحمه الله (ثوب
في يده وطرفه في يدا آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يدا أحدهما وطرفه في يدا الآخر كان
بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابتة في الثوب الا أن أحدهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب

نقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اه (قوله ولا فرق في هذا الى قوله على ما ذكره الطحاوي) ألحنه
المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظة صح اه

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أي يشكهم ويعقل ما يقول اه اتقاني (قوله فلا يعتبر من الصبي) أي كقراره بالدين كالطلاق والعناق اه (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أي لانه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعناق اه (قوله فكانت غير ثابتة حكما) أي فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست يد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكما فتصح الدعوى منه اه (قوله وان كان لا تثبت) التي بخط الشارح وان كان لا تثبت عليه (٣٣٨) يد غيره اه (قوله في المتن والساحة نصفان) بالخاء وهي عرصة في الدار أو بين

بديها اه قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله قال الساحة نصفان مانصه وذلك لانهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن في يد أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اه اتقاني وكتب أيضا مانصه قال في شرح الطحاوي ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد الآخر والساحة في أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور في رواية وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وان أقام البينة يقضي بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضى له بالسفل على الرواية التي

الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كالوتار عا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لأحدهما من والآخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد أحدهما الهداية والباقى في يد الآخر لان الهداية ليست بشوب اذهى غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا يراحم الآخر قال رحمه الله (صبي يعبر فقال أنا حر فقال قوله) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يده نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الابينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده) أما الاول فلا لأنه أقر أنه لا يده حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالتقاش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بنى كالتقاش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعينه بدعوى الحرية اذا تناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الآدمي الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب أن لا تقبل دعوى الرق الابينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كالقبط حيث لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وان كان في يده لا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل بذلك الاصل ولا نسلم أن القبط اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه أمين فيه والأمين يده فاعية مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما وأما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا لأنه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان اتقاء لعدم المعارض من يد على نفسه حقيقة أو حكما وهذا لان الاصل في الآدمي وان كان لا يثبت عليه يد غيره كراماله حتى لا يكون مهانا كالتقاش والبهائم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله (عشرة أيات في دار في يده ويثبت في يد آخر قال الساحة نصفان) لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما في ذلك سواء فتتصف بينهما فصارا نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة اليه فيستقدر بقدر الاراضى بخلاف الاتقاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضا أنها في يده ولين أحدهما فيها أو بى أو حفر فهي في يده كالوبره) أنها في يده لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما أنها في يده فلا بد من إقامة البينة أنها في يده أو من التصرف فيها كالتبئين أو البناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على أنها في يده ثم ان ادعى أنها في أيديهما لم

قال الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التي قال يكون بينهما يقضى بما في يد الآخر وبما في يد الآخر اه اتقاني يقض (قوله في المتن ادعى كل أرضا أنها في يده وابن الخ) قال في الهداية وان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بى أو حفر فهي في يده وصوره المسئلة في أصل الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في أرض صحراء ادعى أحدها أن في يده وأحدهما لن فيها البناء وهو فيها أو حفر فيها أو بى فيها بناء قال هي في يد الذي أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كل كروب على الدواب والبس في الثياب كذا ذكرنا للاسلام اه اتقاني

(قوله فنسكل أحدهما) يقضى عليه بكلها المالك بعضها الذي كان في يده وبعضها الذي كان في يد صاحبه لتكوله ولو كانت الدار في يده
فالت لم تنزع من يده لأن تكوله ليس بحجة في حق الثالث اه كي (قوله ويرى كل منهما عن دعوى صاحبه) أي وتوقف الدار إلى أن
تظهر حقيقة الحال اه قارئ الهداية (قوله ما لم يقيما البينة على الملك) فكل شيء في أيديهم ماسوي العقار إذا طلبا القسمة فإن القاضي
يقسمه من المشايخ من قال ما ذكره هنا قول أبي حنيفة أما على قولهما في العقار أيضا يقسم وإن لم يقيما البينة على الملك وجعل هذه
المسئلة قرع المسئلة ذكرها في القسمة إذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم (٣٢٩) فإنه لا يقسمها بينهم حتى يقيما البينة

على الميراث وعندهما
يقسم من غير إقامة البينة
فإن كانت مشتراة بان قالا
اشتريناها من فلان وطلبا
القسمة فإنه يقسمها بينهم
عند الكل في ظاهر الرواية
فإن لم يقيما البينة فعند
أبي حنيفة إذا كان لا يقسم
في الميراث بدون البينة
وهذا العقار يحتمل أن
يكون موروثا بينهما
ويحتمل أن يكون غير
موروث لا يقسم احتياطا
وعندهما يقسم بدون
البينة فهنا أولى ومنهم
من قال ما ذكره هنا قول
الكل فلا يقسم لأن القسمة
نوعان قسمة بحق الملك
لتسكيل المنفعة وقسمة بحق
البدل لاجل الحفظ والصيانة
والعقار غير محتاجة إلى
الحفظ فقام يثبت الملك
لا يقسم حتى لو كان في
أيديهما شيء سوى العقار
يقسم من غير إقامة البينة
لأن ماسوي العقار يحتاج
إلى الحفظ والصيانة اه
اتقاني رحمه الله (قوله قيل

يقض به بلا بينة لاحتمال أنها في يد غيرهما وإن ادعى أنها في يد أحدهما فكذلك لأنه يمكن أنهما تواضعا
على ذلك لكن ليس للقرآن ينزعه في البس لا قراره أنها في يد صاحبه وإقراره في حق نفسه مقبول وكذا
لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه فنسكل أحدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه
لحصة إقراره في حق نفسه وإن حلفا جميعا لم يقض بالبدل لهما فيها ويرى كل منهما عن دعوى صاحبه
وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده قضى له بالبدل فيها ويكون الآخر خارجا وكذا إن لبن أحدهما أو بنى
أو غرس أو فعل شيئا آخر مما يدل على أنها في يده وإن أقام البينة على اليد قضى به لهما فإن طلبا القسمة
لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة إذا
كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم إنها ميراث عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى
يقيما البينة أنه مات وتركها ميراثا بينهم والله أعلم بالصواب

باب دعوى التسب

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لأقل من ستة أشهر منذ بيعت فادعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويضخ
البيع ويرد الثمن وإن ادعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته إلا أن يصدقه
المشتري وهو القياس لأن أقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه إذ هو اعتراف منه بجواره لأن
المسلم لا يباشر الباطل ظاهر أقصا في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل إذ
التناقض يطل الدعوى فصار كالوادعاء أو البائع أو ادعى هو اعترافها أو تدبيرها قبل البيع وجه
الاستحسان أن مبنى التسب على الخفاء فيعني فيه التناقض فتقبل دعوته إذا تبين بالعلاق في ملكه
بالولادة لأقل من ستة أشهر لأنه بمنزلة إقامة البينة بل فوقها وهذا لأن الإنسان قد لا يعلم العلق بالكلية ثم
يظهر له أو قد ينظن أن العلق من غيره ثم يعلم أنه منه فيعذر في التناقض كالزوج إذا كذب نفسه بعد قضاء
القاضي بنى النسب كاللعان وكالمختلعة تقيم البينة أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكل ما كان يقيم
البينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فإن بينهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليهما لأن الزوج
والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتناق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتناق والتدبير بعد
البيع لأنه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولأنه لم يتيقن بكذبه في الكلام الأول لاحتمال كذبه في
الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال حتى لو أقام البينة بالاعتناق أو التدبير تقبل بينة لتيقنا كذبه بثبوت
الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لأن شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت
العلق إلى وقت الولادة على ما بينا من قبل ولم يوجد وإذا صحت الدعوى من البائع استندت إلى وقت
العلق لكونها دعوة استيلاء فيظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطان البيع ولأن المشتري

(٤٣ - زيلعي رابع)

هذا) أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية .

باب دعوى التسب

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى التسب وقدم الأول لكونه أهم لكثرة وتوعه اه ثم قال الاتقاني
والدعوة إلى الطعام بفتح الدال والدعوة في التسب بالكسر هذا أكثر كلام العرب فأما عدى إلى باب فيفتحون في التسب ويكسرون في
الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضا اه (قوله طلقها ثلاثا قبل الخلع) أي أنها أن تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة
لاستقلال الزوج بإيقاع الطلاق عليها من غير علمها اه عمادى

(قوله أو بعده) وإنما ذكر الضمير بأويل الادعاء ويجذف المضاف وأقامة المضاف إليه مقامه اهـ من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته في الام) قال الاتفاقى ثم اذا مات (٣٣٠) الولد تعدد اثبات النسب فيه لأن الحقوق لا تثبت ابتداءً لليت ولا عليه وإذا لم يثبت

النسب لم يثبت الاستيلاء لانه فرع النسب وكانت الام بحالها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي أعتق الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محلبة الدعوى بالهلاله إذ النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتسدير تصرف لازم لا يحتمل القسح فتعذر تصحيح الدعوى في الولد وإذا لم يصح في حق الولد لم يصح في حق الام لانها تابعة الا اذا صدقه المشتري على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشتري نصف قيمته ثم ادعاه البائع فانه يصدق على الدعوى ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتنى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق في حقها وكذلك لو كان القطع في الام وكذلك لو كان رجل ففأعنى الولد فدفعه المشتري وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع فدعوته جائزة ويرد الثمن على المشتري ويرجع الجاني

لم يدفع الثمن اليه الا ليس له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانهم اقتصروا على حالة العلق لكونها دعوة استيلاء لوجود العلق في ملكه ودعوة المشتري دعوة فخر برأى العلق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولا تملك اثبات النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فصار المشتري كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشتري معه أو بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري أو لا ثبت نسبه منه لوجود المحو لدعوة وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضا لحاجته الى النسب والى الحرية ويثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوى البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشتري ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استحقاق النسب للبائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد) يعنى اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقول من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاول بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل في الباب والام تبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أو لا فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوى الولد دون الام وهي تدخل تبعاً فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا ماتت الولد دون الام حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداءً بدون منبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعدموته ولم يتعذر بعد موته فيثبت نسبه ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أم ولده ويبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان ما ليتها غير متقومة عنده كالحمل وهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يرث حصته الولد ولا يرث حصته الام لان ما ليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشتري فاذا ردت الولد دونها يجب على البائع رد حصته ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملكه ولا يجب عليه رد حصته ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي أن يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضاً ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده ويباع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجراء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقياً والاقبده قال رحمه الله (وعتقهما كوتهما) أى اعتاق المشتري الام والولد كوتهم حتى لو أعتق المشتري الام دون الولد فادعى البائع أنه ابنه صححت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لانه كزنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمنع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وإنما كان الاعتاق مانعاً لانه لا يحتمل النقص بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادعاه المشتري ولان للبائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاء وماتت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقص لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التملك فصار كالاستيلاء ثم ان قام هذا المانع بالولاء امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمنع

على المشتري بالقيمة التي أعطاهما ولا يكون العيبين أرش على الجاني وقال أبو يوسف ومحمد على الجاني ما نقصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب في مقابلة الجثة عند أبي حنيفة فيشترط سلامتها للجاني وقد تعذر وعندهما في مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجبر بالضمان وكذلك لو فاق عين الام اهـ (قوله ثم ان قام هذا المانع) أى وهو الاعتاق أو التدبير اهـ

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكافي ولو كان الام أو باعها أو وهبها أو ورثها أو أجزها أو وزجها أبطلت جميع ذلك وردت إلى البائع لأن هذه التصرفات مما يحمل النقص بعد صحتها فلا ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلاً أولى اه اتقاني (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقاني أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاء عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرب فانه سر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الاسواق اه (قوله وصححه) قال الاتقاني وقد ذهب (٣٣١) صاحب الهداية في هذا إلى ما ذهب إليه

شمس الأئمة السرخسي وسماء الصمغ ولكن هذا على خلاف ما نص عليه محمد في الجامع الصغير وغيره وقد مر آنفاً اه (قوله) ولا تصير الأمة أم وولده أي لأن يتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلو في ملكه لأن البائع لا يدعي ذلك وكيف يدعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فكان حاداً باعده زوال ملك البائع وإذا لم يثبت العلو في ملك البائع تكون دعواه هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهل اه (قوله فلا ينفذ إلا في الملك) أي فلم يعتق الولد اه (قوله ثم اعلم أن الدعوة هنا الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدعوة على ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة ملك ودعوة شبهة أما دعوة الاستيلاء فانه دعوة توبة تنفذ في الملك وغير الملك بشرط أن يكون أصل العلو في ملكه لأن الحرمة تستند إلى وقت العلو وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى

فيثبت نسبه من البائع ولا تصير أمه أم وولده لأن العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل اعتناق المشتري لأن نسب الولد ثبت مستنداً إلى وقت العلو قسین أنه باع أم وولده فلم يملكها المشتري فيبطل الاعتناق كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لأنه لم يملكه ضرورة أنهم ما خلفا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لا تانقون بوث أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرب وروفي ولد الأمة المنكوحه ولا تصير أم وولده بخلاف التوأمين لأنهما خلفا من ماء واحد فثبت لأحدهما من الأحكام ثبت للآخر ضرورة ثم إذا لم يبطل عتق المشتري في الأم قبل البيع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالأجماع هنا وذكر الفرق لأبي حنيفة رحمه الله في المبسوط بين هذا وبين ما إذا ماتت الأم فإن البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهذا يرد ما يخص الولد فقط والفرق أن في الاعتناق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم وولده حيث جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما بقي البيع صحيحاً فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فإن زعم البائع فيه لم يبطل بشئ بقي معتبراً في حقه إذا لم يكن مكذباً شرعاً فيرد جميع الثمن وفي الاعتناق يرد حصة الولد ثم جعل هنا للولد بعد القبض حصة من الثمن كالمولد قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن إذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة أو لكونه مستخرجاً من العقد ومن المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رحمه الله كما في فصل الموت لأن أم الولد لا قيمة لها عنده ولا يضمن بالعقد فيؤخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتناقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لأكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع إلا أن تصدقه المشتري) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلد لأكثر من سنتين من وقت البيع فحكم أنه لا تصح دعواه لعدم العلو في ملكه يبقين وهو المصحح إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاء وبالكاح لتيقننا أن العلو لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الأمة أم وولده لأن العلو حادث بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا ينفذ إلا في الملك إذا لا يقدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلد لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولا قل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضاً لاحتمال العلو بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه يبقين فلم يصح إلا أن يصدق المشتري حينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الأمة أم وولده تبعاً للولد ويبطل البيع لاستناد العلو إلى ما قبل البيع لا مكانه فيبين أنه باع أم وولده وهذا لأن هذه الدعوة دعوة استيلاء فتستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاء ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالأب يدعي

من العقود إذا كان محلاً للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة الملك أن لا يكون أصل العلو في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير الملك لأن الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك كدعوة الأب ولجارية ابنه وإنما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائماً في الجارية والولد من وقت العلو إلى وقت الدعوة لأن حق التملك ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لأنه لا ملك للأب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعواه لحق ثبت له في مال الابن مقتضى الدعوة سابقاً عليه ثم يستند إلى وقت العلو كما في حقيقة الاستيلاء يثبت له الملك في مال ابنه سابقاً على الاستيلاء تصح ما جاز

فلا بد من قيام ملك الابن من وقت العلق الى وقت الدعوة ليثبت له الحق في ماله نعم هذا دعوته ثم اعلم أن البائع أو المشتري إذا ادعى ولد
 الجارية المبعة فلا يخلو إما أن جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لستة أشهر فصاعداً ما بين هاتين سنتين من وقت البيع أو
 جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الالوجه الثلاثة على أربعة أوجه إما أن ادعى البائع وحده أو
 المشتري أوهما جميعاً أو على التعاقب فإن جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادعاء البائع وكذبه المشتري صححت دعوته
 استحساناً وهو قول ابراهيم النخعي حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشتري ان كان نفقته قال زفر لا تصح دعوة
 البائع إذا كذبه المشتري وهو القياس وهو قول الشافعي كذا ذكره خواجه زاده في مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال
 ملك المشتري فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولا ان اقدمه على البيع اعترافاً بالولد عبداً صار مناقضاً في دعوته ودعوى المناقض
 مردودة ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعى بعد ادعاء المشتري أو أعتقه المشتري أو جاءت به لستة أشهر فصاعداً وجه
 الاستحسان أن علوق الولد في ملك المدعي يبين بمنزلة البيئة العادلة حكماً في حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم
 ولده استدلالاً بالاب ادعى جارية ولداً به صح دعوته وان كذبه الابن إذا علم العلوق في ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك في مال
 الابن والبائع حقيقة ملك والتناقض معقول لمكان الخفاء في النسب وإذا صح دعوة الاستيلاء رد البيع لانها تستند الى وقت العلق
 فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشتري يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما إذا أعتق المشتري أو ادعى حيث لا تصح دعوة البائع بعد
 ذلك لان الاعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما إذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو دبرها لانه لم يكن له على هذا الدعوى بيئة
 لاحقيقة ولا حكماً وفيما نحن فيه العلوق في ملكه يبين صار كالبيئة حكماً وان لم توجد البيئة حقيقة ولا يلزم ما إذا جاءت بالولد لستة أشهر
 فصاعداً لعدم البيئة لاحقيقة ولا حكماً فاعتبر ذلك اقراراً بمحض على الغيرة لم يعتبر هذا إذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشتري وحده صححت
 دعوته لان دعوة المشتري دعوة تحرير حتى كان للمشتري ولأعلى الولد كالأول أعتقه والمشتري يصح منه التصريح فيصح منه دعوة التحرير فان
 ادعى جميعاً ان خرج الكلامان معاً فدعوة البائع أولى لانه سابق معنى فيعتبر كما لو كان سابقاً حقيقة ولو كان سابقاً حقيقة بأن ادعى
 أولاً ثم ادعى المشتري صح دعوة البائع (٣٣٣) ولم يصح دعوة المشتري مكناً هذا وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلق

ودعوة التحرير يقتصر على
 الحال وان سبق أحدهما
 صاحبه فالسابق أولى فان

جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور في موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة
 اما أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أولاً أكثر من سنتين أو ما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بمحمد الله

كان السابق هو البائع فلماذا كررنا وان كان هو المشتري فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله إذا جاءت بالولد
 لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعداً ما بين هاتين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه
 أربعة فان ادعاء البائع لا غير فانه لا تصح دعوته لا بتصديق المشتري لان علوق الولد لما لم يتيقن في ملكه صارت دعوته ودعوة أجنبي آخر
 سواء الا أن الفرق بين البائع والاجنبي أن المشتري اذا صدق الاجنبي يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبداً ولا تصير الجارية أم ولده لانه
 لم يثبت علوق الولد في ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولده وينتقض البيع لحصول العلوق في
 ملكه وان ادعاء المشتري صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الافراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ففيما يحتمل العلوق أولى ويجب أن
 يكون دعوة استيلاء حتى يكون الولد حراً الاصل ولا يكون له ولأعلى الولد لان العلوق في ملكه ممكن وان ادعى معاً أو سبق دعوة أحدهما صح
 دعوة المشتري لان البائع في هذا الحالة كالأجنبي فاما إذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضاً فان
 ادعاء البائع لا يصح لا بتصديق المشتري لانه لو ادعى فيما اذا جاءت به لستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق في ملكه وهنا
 أولى أن لا يصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلوق في ملكه أصلاً وان صدقه المشتري صححت الدعوة وثبت النسب كما في الاجنبي الا أنه
 لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولده ويبقى الولد عبداً للمشتري وهو ثابت النسب من البائع وان ادعى معاً أو سبق أحدهما صاحبه صح
 دعوة المشتري لان البائع كالأجنبي وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فانما لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أولاً أكثر من ستة
 أشهر فصاعداً ما بين هاتين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضاً فان ادعاء البائع لا تصح دعوته الا أن يصدق المشتري
 لعدم يقن العلوق في ملكه وان ادعاء المشتري صح لان أكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن
 هذا لا يمنع دعوة المشتري وان سبق أحدهما صاحبه في الدعوى ان سبق المشتري صححت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشتري لا تصح
 دعوة واحد منهما لوقوع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعى معاً فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبداً للمشتري
 لانه وقع الشك في ثبات النسب من كل واحد منهما الا ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشتري ويثبت من البائع وان كان
 لستة أشهر أولاً أكثر من سنتين ثبت من المشتري ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعي يثبت منهما لأنه

لما وقع الشك كان الاثبات أولى لما فيه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه اه (قوله في المتن ومن ادعى نسب أحد التوأمين) قال في المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد ويقال هما توأمين كما يقال هما زوجان وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا كان الولد الخ) من هنا الى قوله والمال محله عند قول المصنف في المتن على وقبل اقراره بدین مخروم من نسخة الشارح اه (قوله هذا اذا كان أصل العلق الخ) قال شيخ الاسلام علاه (٣٣٣) الدين الاسيحي في شرح الكافي للحاكم

الشهيد واذا ولدت أمة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحمل عنده فباع أحدهما واعتقه المشتري ثم اتعاه البائع فهما أبناء ولا ينتقض البيع ولا عتق المشتري أما ثبات النسب فلائذ لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثاني ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر وأما عدم انتقاض البيع فلائذ حدث في المحل مانع الانتقاض وهو الحرية لأنه تعدد ثبات الحرية بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه اه اتقاني (قوله لأنهما لا يفترقان) فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حروا عتاق أحد التوأمين يفصل عن عتق الآخر فيقتصر هذا العتق على محل ولائذ صار كأن البائع أعتقه ما يعتق من في ملكه فحسب وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين واشترى أو المشتري الآخر ثم ادعى أحدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذه دعوة تحرير فينبغي أن يقتصر على محل ولائذ لما أن أحدهما أمان كان أباً للمشتري أو ابن المشتري فإن كان أباً للمشتري فالابن ملك أخاه فيعتق عليه وإن كان المدعى هو الابن فالابن ملك حاقده فيعتق عليه كذا ذكره الترمذاني نقله الشيخ السبكي من خط قارئ الهداية اه (قوله في المتن وان جحد أي الغائب اه (قوله ان يكون الصبي ابنه) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يدي الرجل قال هو ابن عبد الغائب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابنه أبداً وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشترطه في الكتاب) أي بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أي بأن هذا ابن فلان اه

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لما بينا وانما يعرف أنهما توأمين اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة شهور وان كان بينهما ستة أشهر فصاعداً فليسا بتوأمين لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أنت بولده ثم جاءت بولد آخر لاقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد اذا لم يكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حلي بالاول لان فهم الرحم مسدود لا ينفتح وهي حلي الانحروج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشتري بطل عتق المشتري) معناه اذا باع أحد التوأمين فاعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري فيه لان دعوة البائع صحيحة في الذي لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه ثبتت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لانهم من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشتري لكونه ما حراً الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما حراً الاصل والاخر رقياً وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو فوقه وهي الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحداً حيث لا يطل فيه اعتناق المشتري بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا وجهه وهما ثبتت الحرية في الذي لم يبعه ثم يعتدى الى الآخر ضمناً ونعياً وكم من شيء ثبت ضمناً وان لم يثبت مقصوداً هذا اذا كان أصل العلوق في ملكه وأما اذا لم يكن العلوق في ملكه بأن اشتراه بعد الولادة أو اشترى أمهما وهي حلي بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضاً لانهم لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذي ليس في ملكه وان كان المشتري قد أعتقه لا يطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق في الملك فلا يملكه الا من يملك الانشاء فلهذا شرط لزول العتق عليه أن يكون في ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلوق في ملكه حيث يعتقان جميعاً لانها دعوة استيلاء فثبتت من ضرورته عتقه ما بطريق أنهم ما حراً الاصل فتبين أنه باع حراً قال رحمه الله (صبي عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه وان جحد أن يكون ابنه) معناه اذا كان صبي عند رجل فقال الرجل الذي عنده الصبي هذا الصبي ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبداً وان جحد فلان الغائب أن يكون الصبي ابنه ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبي في يده واشترطه في الكتاب وقع اتفاقاً وانما لا تصح دعواه بذلك لانه أقرب بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعواه لان اقراره حجة في حق نفسه وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال اصح دعواه المقر بعد جحد المقر له أن يكون ابنه لان اقراره بطل بمجود المقر له فصار كأن لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعواه لو كان عبداً وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذا اقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤخذ فيه الهزل والا كراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا أقر المشتري على البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكتبه البائع ثم قال المشتري أنا أعتقته فان الولد يتحول اليه فكذا هذا ولان اقراره بالنسب نفي للنسب عن نفسه أو انكاراً لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعدمه بأن قال ليس هو ابني ثم قال هو ابني فكذا هذا ولهذا يصح كذاب الملا عن نفسه بعد نفي النسب عنه

أن يقتصر على محل ولائذ لما أن أحدهما أمان كان أباً للمشتري أو ابن المشتري فإن كان أباً للمشتري فالابن ملك أخاه فيعتق عليه وإن كان المدعى هو الابن فالابن ملك حاقده فيعتق عليه كذا ذكره الترمذاني نقله الشيخ السبكي من خط قارئ الهداية اه (قوله في المتن وان جحد أي الغائب اه (قوله ان يكون الصبي ابنه) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الصبي يكون في يدي الرجل قال هو ابن عبد الغائب ثم يقول هو ابني قال لا يكون ابنه أبداً وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشترطه في الكتاب) أي بقوله عند رجل اه (قوله لان اقراره) أي بأن هذا ابن فلان اه

(قوله ولا يحنيفه أن النسب الخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الأقرار بالنسب من الغير أقرار بما لا يحتمل النقص فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك وإنما قلنا أنه لا يحتمل النقص لأن في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب إذا ثبت لا ينتقض بالحدود والتكذيب ولهذا الوعد المقر له إلى تصديقه جاز وثبت (٣٣٤) النسب منه وصار كالذي لم يصدقه ولم يكن به اه (قوله وادعياه معا) وبه صرح

بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي نسباً باتماً من غيره وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكن به لأنه يتعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاءة لا يثبت نسبه من غير الملاءة لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولا يحنيفه رجه الله أن النسب مما لا يحتمل النقص بعد ثبوته والأقرار بعينه لا يرتد بالرد في حق نفسه لأن أقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذب المولى فإنه يبقى في حق المقر حراً ولا يرتد بأقراره حتى لو ملكه يوم اعتق عليه لأقراره بذلك ولكن شهد على رجل بنسب صغير فرددت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فإن دعواه لا تقبل لأقراره بالغير وهذا لأنه يتعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد بردد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولأن موجب أقراره شيان ثبوت النسب من الغير وإبطال حق نفسه في الدعوة وإذا ارتد الأول لعدم ولائته عليه فلا يرتد الثاني لأن أقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء لأنها على خلاف ذكره في كتاب الولاء ولأن سلم فالنسب ألزم من الولاء فإنه يقبل التحول من جانب الأم إلى جانب الأب عند اعتاق الأب وكذا إذا ارتدت معتقة والعباد بالله ولحققت بدار الحرب وسييت وأعتقها المولى الثاني كان الولاء والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاءة فلا يصح القياس عليه وإنما يعتق عليه إذا ادعاه لأقراره به كما إذا قال لعبد له ثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فحين يبيع عبد أصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقاً عنده وعندهما بشرط أن لا يرتد المقر له بالنسب بأن يسكت أو يقر به أيت أو غائب لا يعرف قال رجه الله (ولو كان في يده مسلم ونصراني فقال النصراني ابني وقال المسلم عبدي فهو حراً بن النصراني) أي لو كان الصبي في أيديهما فادعى النصراني أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعياه معا كان حراً بن النصراني لأنه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المال اندلائل الوحدةانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية إذا قدر له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغي أن يكون عبداً للمسلم لأن الاسلام مرجح لا نأقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنالان النظر له فيما قلنا أو فرقاتني الاستواء بخلاف ما إذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البتة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعاً لآبيه قال رجه الله (وان كان صبي في يدي زوجين فزعم أنه ابنه من غيرهما وزعمت أنه ابنهما من غيره فهو ابنهما) لأن كل واحد منهما أقر الولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح أقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كتوب في يدي رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا التوب لي ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شيء كان التوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في إبطال حق صاحبه فيه إلا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لأن المحل يحتمل الشراكة وفي النسب لا يشارك لأنه لا يحتمله اه إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر بالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه قال رجه الله (ولدت مشتراته فاستحققت غرم الأب قيمة الولد وهو حر) يعني لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشتري قيمة الولد والولد حر وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أي سبب كان وكذا إذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحققت روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح وعن علي رضي الله

في القوائد الظهيرية وفيه إشارة إلى أن دعوة المسلم لو سبقت بكون عبد للمسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لأن الاسلام مرجح) بكسر الجيم اه (قوله) حيث يكون المسلم فيه أولى) وهذا عندنا وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه اه اتقاني (قوله في المتن وان كان صبي في يدي زوجين الخ) قال التمر تاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت ابني منك من نكاح وقال من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رجه الله (قوله وان كان يعبر) أي وليس هنالك رق ظاهر اه اتقاني (قوله في المتن ولدت مشتراته الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولداً

عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاة وصورتها عنه فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولداً ثم استحقها رجل قال يغرم الأب للمولى قيمة الولد يوم يخاصم ان جاء والولد حي وان جاء والولد قد مات فلا شيء على المشتري فان جاء وقد مات الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شيء على الأب وان قتل الولد فأخذ الوالد يته فعلى الأب قيمته إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا إذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقاني

والمغرور من يستولد امرأه معتمدا على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالينة على أنها أمة وولدها حراً باجماع الصحابة ثم قال الاتقاني ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حراً بالقيمة اذا كان المغرور حراً أما اذا كان مكاتباً أو مأذوناً في التزوج يكون ولده عبداً للمستحق خلافاً للمجد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب اهـ (قوله ولا ولاء للمستحق عليه) أي على الولد اهـ (قوله في المتن فان مات الولد لم يضمن الاب) أي وهو المشتري اهـ (قوله لو مات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتقاني ثم (٣٣٥) ان جاء المستحق بعد مامات الولد وترك

عشرة آلاف ورثه أو مالا
مترانه علق حراً في حق
المستولد ولا يغرم الاب قيمة
الولد لانه لم يمنع الولد والبراث
ليس يسدل عن الولد حتى
يكون منعه كنع الولد ولو
قتل الاب الولد يغرم قيمته
للمستحق لانه منعه منه وكذا
لو قتله غيره وأخذ منه
يضمن قيمته لان سلامة
البذل كسلامة الولد
ومنعه كنعه وان لم يأخذ
الدية من القاتل لا يضمن
شيئاً لانه لم يمنع الولد أصلاً
لاحقيقة ولا حكماً كذا ذكر
نفر الدين قاضيان وغيره
في شروح الجامع الصغير
وقال أبو بكر الرازي في
شرحه مختصر الطحاوي
ويغرم الواطئ العقر
للمستحق لانه وطئ ملك
الغير بشبهة ولا يرجع
بالعقر على الغار لان الوطء
في هذا بمنزلة جزء أنلفه منها
وتناوله لنفسه فلا يرجع
به على غيره كالمقطع يدها لم
يرجع به على غيره وقال
شيخ الاسلام علاء الدين
الاسيحاوي في شرح الكافي
قال واذا أبت الامه فانت
رجت لا فأخبرته أنها حرة
وتزوجها على ذلك بنكاح

عنه في الشراء بمحض من الصحابة رضى الله عنهم من غير تفكير فكان اجماعاً ولان النظر من الجانبين واجب اذا المغرور معذور لانه بنى الامر على سبب صحيح شرعاً والامه ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مما أمكن مراعاة لحقهما وذلك بأن يجعل الولد حراً الاصل في حق الاب ورفيقاً في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقاً في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتاً يؤخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دون ولده ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حراً الاصل وانما قلنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضى بها وولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انما لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البينة أنه تزوجها على أنها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكاً للمستحق حقيقة لم يكن مضموناً عليه فان الولد المصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضموناً عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك ماله لان الارث ليس يسدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من دينه قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنعه بدله كمنعه وان لم يقبض شيئاً لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره باعتبار البعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كافي ولذا المصوب اذا أنلفه الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمان الجارية وبقية الولد على بائعه ولا يرجع بماله من العقر بوطئها لان البائع صار كفيلاً بما شرط عليه من البذل لان البيع مبني على مساواة البذلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سأل البائع وجب أن يكون المبيع سائماً للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كفيلاً بسبب تلك البذل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعي باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذا المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلك عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها منه كالأخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوج رجل على أنها حرة ثم استحققت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا استيلا دمي على التزوج بشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزوج فيكون الاستيلاء بناء على التزوج بشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقاتل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد أو يقال مالزمه من الضمان انما لزمه بالاستيلاء والاستيلاء حكم التزوج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبره هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولداً ثم أقام مولاهما البينة أنها أمة فقضى به اله فانه يقضى بالولد أيضاً للمولى الجارية الا أن يقيم الزوج البينة أنه تزوجها على أنها حرة فان أقام البينة على ذلك جعلت الولد حراً ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغتراراً منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما اذا شرط ذلك عند العقد بصير الزوج مغروراً فيكون ولده حراً ولا سبيل عليه وجعلت على أبيه قيمته يوم قضى به لهدينا في ماله دون مال الولد اهـ

الولد فيقا ولا يرجع على الخبر بشئ لأن الاخبار سبب محض لأن العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك بأحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلا يرجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد وعند الشافعي رحمه الله يرجع لأن الغرور قد تحقق له منه بإيجابه الملك له فيها واخباره أنها مملوكة قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من أخبرنا أن هذا الطريق آمن فسلكتها فأخذ المصوم ما لم يرجع على الخبر بشئ بخلاف البيع فإنه عقد معاوضة بوجوب السلامة أو الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لأنه موضوع للاستيلاء وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تناكحوا والدوا نكثروا الحديث فإذا لم يسلم له ما هو المقصود به يرجع بذلك على من غرموا المقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاء ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحققت يرجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقية الولد ويرجع المشتري الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال يرجع عليه بقيمة الولد أيضا لان البائع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كافي الثمن والرد بالعيب ولا يبي حنيفة رحمه الله أن البائع الاول ضمن للمشتري سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشتري منه لان ضمان

السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثاني

لمباشرة باختياره فينقطع به قسب الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول

ضمن للبائع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لباقعه

الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري

الاول استحققه سليما ولم يوجد

واقفه أعظم

بالصواب

م

(قوله لأنه ضمان لزمه بفوت السلامة) أي المستحقة في العقد كما يرجع بقيمة الرد اه (وقرر) قال الاتقاني وقد ختم كتاب الدعوى في الجامع الصغير بقوله وإذا قالت المرأة أنا أم ولد هذا الرجل وأرادت استخلاف الرجل ليس لها ذلك في قول أبي حنيفة خاصة لأن أمومية الولد تابعة للنسب ولا يرى الميكن في النسب اه

ثم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار

